

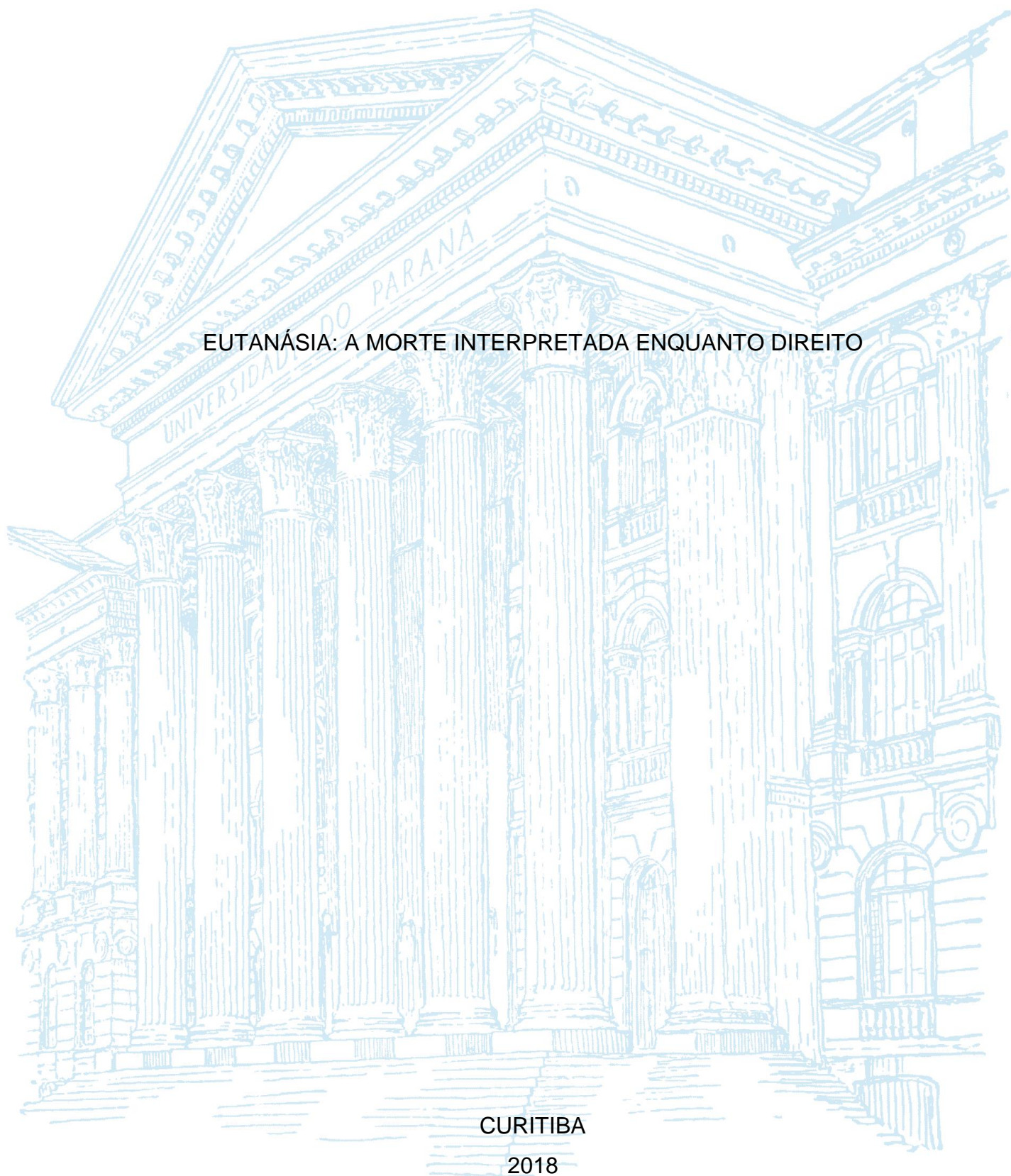
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUSTAVO BUSS

EUTANÁSIA: A MORTE INTERPRETADA ENQUANTO DIREITO

CURITIBA

2018



GUSTAVO BUSS

EUTANÁSIA: A MORTE INTERPRETADA ENQUANTO DIREITO

TCC apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

Dedico esse trabalho aos meus pais Claudete e Gilberto e à minha irmã Gabriela, que me apoiaram durante todo o tempo em que o estive escrevendo, bem como a todos os amigos e familiares que me deram força para seguir em frente e finalizá-lo.

Também o dedico à minha orientadora Estefânia Maria de Queiroz Barboza, por ter me mostrado as belezas da academia e por ter guiado meus primeiros passos no constitucionalismo.

*É o medo do desconhecido que nós tememos quando
olhamos para a morte e a escuridão, nada mais.*

*Afinal, para uma mente bem estruturada, a morte é
apenas a aventura seguinte.*

J. K. Rolling – Série Harry Potter

RESUMO

O presente trabalho buscou tratar acerca das delicadas questões que envolvem o debate sobre a eutanásia, a fim de investigar a possível existência de um direito individual à morte com dignidade. Assim, foram avaliados os elementos essenciais que permitem afirmar a caracterização de um direito do paciente terminal à obtenção de uma morte indolor, quando não deseje mais continuar com uma vida que lhe causa aflição e angústia. Ademais, figuraram como objetivos da pesquisa desenvolvida: (i) traçar um panorama teórico acerca da prática da eutanásia e suas implicações jurídicas; (ii) investigar a dimensão e extensão da proteção constitucional dada à vida enquanto direito absoluto e inviolável; (iii) aferir as possíveis intersecções entre a proteção dada à dignidade humana e à liberdade individual em face da opção pela antecipação da morte; e (iv) observar o desenvolvimento de um conceito de morte digna em ordenamentos estrangeiros, promovendo o devido diálogo entre as conclusões colhidas em face das particularidades de cada sistema investigado. A metodologia empregada consistiu, primeiramente, na revisão literária e na sistematização dos problemas colocados em torno da discussão da eutanásia. Também se recorreu ao estudo comparativo de ordenamentos constitucionais. Inicialmente com o estudo preliminar do método comparativo para, então, identificar em diferentes decisões o que seriam as bases principiológicas de um direito à morte com dignidade. O presente trabalho se dividiu em três capítulos. Primeiramente, foi feita uma análise aprofundada dos princípios constitucionais e direitos fundamentais que dão substrato ao debate. Partiu-se da dignidade humana como argumento matriz, para avançar na direção das discussões ínsitas à liberdade de credo e religião. Buscou-se inquirir acerca da legitimidade da adoção de padrões morais de conduta como regras gerais impostas pelo Estado a todos os indivíduos. Posteriormente, avançou-se a uma análise mais dogmática acerca da eutanásia, centrada na sua definição e que permitiu pinçar conceitos que lhe são conexos. Também se investigou o problema sob o ponto de vista jurídico e médico, a fim de lançar luz aos fundamentos usualmente aventados para a criminalização das condutas eutanásicas, bem como os fundamentos utilizados para a repreensão ética de tais condutas quando praticadas por profissionais da medicina. Finalmente, a pesquisa se voltou ao estudo de ordenamentos jurídicos alienígenas para identificação de decisões e legislações que têm avançado no campo da regulamentação e descriminalização da eutanásia. Com isso, pretendeu-se partir do método comparado no estudo do direito constitucional para identificar elementos comuns à emergência de um direito à opção pela morte atribuído a pacientes terminais.

Palavras-chave: Eutanásia. Direito à Morte Digna. Direito à vida. Autodeterminação. Direito Constitucional Comparado.

ABSTRACT

The present essay intended to approach the delicate discussion surrounding the debate about euthanasia, allowing for the investigation of a possible individual right to a dignified death. As a general objective, it aimed to evaluate the essential elements that allow for the characterization of the willing death of the patient as being his or her subjective right. Furthermore, the research undertaken aimed: (i) to draw a theoretical landscape of the legal implications concerning euthanasia; (ii) to investigate the dimension and extension of the constitutional protection given to life as an absolute and inviolable right; (iii) to assess the possible intersections between the protection given to human dignity and to individual freedom in face of the option to anticipate death; and (iv) to observe the development of a death with dignity concept in foreign legal systems, promoting the necessary dialogue between the conclusions reached in light of the particularities of each investigated system. The employed methodology consisted, primarily, on the literary revision and on the systematization of the problems put forth by the euthanasia discussion. It also comprehended a comparative study of the constitutional systems. Therefore, it proposed the preliminary study of the comparative method, then advancing to the identification in different decisions of what would be the axiological touchstones of a right to die with dignity. The essay was divided in three chapters. Firstly, it begun with a deep analysis of the constitutional principles and fundamental rights that give root to the debate. It investigated the human dignity as a central argument, advancing to the discussion of freedom of belief and religion. The propaedeutic debate intended to inquire the legitimacy of the universalization movement regarding moral conducts and their imposition as general rules to the whole community. Subsequently, it advanced to the dogmatic analysis of euthanasia, punctuating its definition and pinching related concepts. It also investigated the problem under the juridical and medical point of view, allowing to cast new light over the arguments usually sustained for the criminalization of euthanasia, as well as the arguments sustained for the ethical reprehension of medical personnel who practices euthanasia. Finally, the research devoted its attention to the study of foreign legal systems, identifying decisions and legislations which have advanced in the field of regulating and decriminalizing euthanasia. Hence, it commenced with the analysis of the methodological framework in the compared constitutional law field, then identifying common elements to the emergence of a right, given to terminally-ill patients, to end life when it no longer provides their wanted dignity.

Keywords: Euthanasia. Right to Die with Dignity. Right to Life. Self-Determination. Compared Constitutional Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONSTRUINDO UMA NOÇÃO DE DIREITO À VIDA E À MORTE.....	11
2.1 A DIGNIDADE HUMANA COMO PONTO DE PARTIDA	11
2.2 ASPECTOS CONTROVERSOS ACERCA DA MORAL E DA RELIGIÃO.....	19
2.3 O CONFLITO DE VALORES EM FACE DA MORTE VISTA COMO UM DIREITO.....	26
3 A IDENTIFICAÇÃO DE UM DIREITO À MORTE COM DIGNIDADE.....	32
3.1 DEFINIÇÕES E CONCEITOS ACERCA DA EUTANÁSIA.....	32
3.2 POSIÇÕES JURÍDICAS DE (DES)CRIMINALIZAÇÃO.....	37
3.3 A ÉTICA MÉDICA NAS CONDUTAS DE FINAL DE VIDA.....	44
4 A EUTANÁSIA NA PERSPECTIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO	52
4.1 UMA ABORDAGEM ACERCA DO MÉTODO COMPARATIVO NO ESTUDO DE TEMAS CONSTITUCIONAIS	52
4.2 A POSIÇÃO DE PAÍSES QUE DESCRIMINALIZARAM APENAS A EUTANÁSIA PASSIVA.....	59
4.3 A POSIÇÃO DE PAÍSES EM QUE TAMBÉM A EUTANÁSIA ATIVA FOI AUTORIZADA	70
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
REFERÊNCIAS.....	84

1 INTRODUÇÃO

A vida sempre se apresentou como um objeto da tutela jurisdicional, em maior ou menor grau, nos mais diversos ordenamentos jurídicos espacial e temporalmente espalhados. Com o advento do processo de constitucionalização, que ensejou na proliferação de Cartas Constitucionais e, até mesmo, Internacionais, o direito à vida encontrou lugar no rol dos chamados direitos fundamentais, habitualmente delineados nesses documentos.

Essa noção de vida remonta, nas civilizações ocidentais, a um conceito nomeadamente judaico-cristão, que a concebe em termos absolutos. O sujeito, assim, em que pese ser o senhor da sua própria vida, no sentido kantiano de autonomia¹, não o é com relação a sua morte. Tal papel atribui-se exclusivamente a Deus, ou por vezes ao Estado, mas nunca ao próprio indivíduo. Por essa exata razão, o Código Penal brasileiro, na esteira de tantos outros alienígenas, ocupou-se de incriminar toda forma de participação ou indução ao suicídio. A religião, por sua vez, construiu o suicídio como um ato que afronta diretamente a Deus, por negar-lhe o poder que naturalmente exerce sobre a vida dos homens.²

A despeito desse caráter irrestrito que a vida parece assumir, os Estados Sociais e Democráticos de Direito, com o desenvolvimento de uma aprofundada doutrina dos Direitos Humanos, apontam não para a vida, mas para a noção de dignidade humana, como grande alicerce propedêutico. Em que pese ser a dignidade importante na tutela do direito à vida, um conceito não se limita ao outro. É possível, inclusive, conceber um cenário onde cada um desses princípios, confrontados, apontem soluções distintas e opostas entre si.

Ademais, a problemática que reveste a discussão acerca de temas como a eutanásia e o suicídio assistido não são estranhas ao direito. Em verdade, trata-se

¹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A Morte Como Ela É: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, Uberlândia, v. 38, p. 235-274, 2010. p. 250. Pontuam os autores: “na sua expressão mais essencial, dignidade significa que toda pessoa é um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano. A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca, objetiva. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade”.

² VALADÉS, Diego. Eutanasia: Régimen Jurídico de la Autonomía Vital. In: CARPIZO, Jorge; VALADÉS, Diego. **Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia**. 2. ed. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2010. p. 81-170. p. 84.

de questão extremamente relevante e que emerge em diversos contextos específicos da discussão jurídica. Até por se tratar de assunto imbricado à temática dos direitos fundamentais, em diversos ordenamentos a solução dada aos inevitáveis conflitos judiciais instalados só pode ser resolvida com substrato ao direito constitucional. Assim, a inevitável remissão ao direito constitucional comparado, como técnica a permitir que se confrontem decisões tomadas em diferentes locais, em face de questões culturais e sociais próprias, torna-se imperativa à compreensão global da controvérsia que se eleva.

O presente trabalho tratará da temática relativa à identificação da morte enquanto direito subjetivo, contraposto à ideia absoluta de vida. Para tanto, propõe-se a divisão em três partes. Na primeira, o objeto de análise será a discussão propedêutica acerca dos valores subjacentes à discussão da eutanásia e sua aceitação. Nesse contexto, iniciar-se-á com a análise do conceito de dignidade humana que permeia a interpretação constitucional em matéria de direitos fundamentais e, especialmente, no que diz respeito à autonomia na morte. Também se procederá à análise do direito fundamental à vida enquanto produto de um determinado padrão ético e moral – até mesmo religioso – que conforma a hermenêutica constitucional quanto ao tema. Por fim, o capítulo será concluído com a ponderação dos valores constitucionais relevantes à identificação e construção de um direito à morte pautado na autodeterminação do indivíduo sobre sua própria vida.

Em seguida, o segundo capítulo do trabalho se incumbirá da conceituação do que se entende por eutanásia no âmbito jurídico e médico. Assim, far-se-á uma primeira apresentação da eutanásia e seus conceitos correlatos, pontuando-se diferentes definições tangenciais e que permitem compreender a eutanásia em sua manifestação ampla. Em seguida, serão destacadas as posições jurídicas, em especial no campo do direito penal, que dizem respeito à criminalização das condutas eutanásicas. Também serão pontuadas alternativas hermenêuticas que sustentam a não imputação criminal do homicídio ou auxílio ao suicídio prestado por profissional da medicina a pedido do paciente. Finalmente, apresentar-se-á a problemática sob a ótica estritamente médica, com especial destaque à bioética protetiva e ao conceito de compaixão laica que permitem à medicina avançar no sentido de atribuir maior participação e diálogo na conduta dos tratamentos médicos.

No último capítulo, propõe-se o recurso ao direito constitucional comparado, com a intenção de evidenciar as diferenças e aproximações existentes entre

decisões de diversos ordenamentos que já enfrentaram o tema. Primeiramente, far-se-á uma análise do método comparativo em matéria de direito constitucional, para que se permita construir uma moldura metodológica própria aos propósitos comparatistas aqui almejados. Em seguida, serão investigados os ordenamentos constitucionais dos Estados Unidos e da África do Sul, onde se admite a prática da eutanásia passiva, mas onde a autorização da eutanásia ativa ainda encontra obstáculos em decisões proferidas pelas cortes constitucionais. Enfim, serão analisados os sistemas constitucionais neerlandês e colombiano, onde já se descriminalizou a conduta do médico que, atendendo a pedido expresso, promove por sua ação a morte do paciente. Assim, busca-se pontuar as possíveis soluções concretas dadas aos conflitos de valores constitucionais sensíveis que são afetados nesses casos, objetivando a universalização da discussão, ainda que atentando-se para as particularidades inerentes a cada ordenamento investigado.

2 CONSTRUINDO UMA NOÇÃO DE DIREITO À VIDA E À MORTE

Este trabalho se inicia com um esforço de identificação das bases hermenêuticas e filosóficas que permeiam a interpretação do direito à vida – e, conseqüentemente, de um possível direito à morte – em diversos ordenamentos jurídicos. No Brasil, o direito à vida encontra guarida constitucional na previsão expressa do *caput* do artigo 5º, elevando-se, portanto, como verdadeiro direito fundamental de cunho individual.³ Na esteira da doutrina nacional majoritária, Paulo Gustavo Gonet Branco chega a afirmar que “trata-se [a vida] de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais”.⁴

Entretanto, a discussão acerca da efetivação da tutela da vida enquanto direito fundamental ganha contornos distintos na medida em que se contrastam o exercício da autodeterminação e disposição acerca do conteúdo do direito à vida pelo indivíduo, de um lado, e o dever heterônomo de proteção desse direito por parte do Estado, de outro. Entremeio a esse embate, o papel da dignidade humana ganha destaque, bem como o papel atribuído à moralidade religiosa que acaba condicionando a interpretação da vida em diversos ordenamentos, mesmo naqueles em que a laicidade e a secularidade estariam constitucionalmente afirmadas.

2.1 A DIGNIDADE HUMANA COMO PONTO DE PARTIDA

Para que se possa cogitar da existência de um direito à morte, que decorre da natural consideração da vida enquanto direito afeto primeira e principalmente ao próprio indivíduo que é seu titular, faz-se necessária a identificação da íntima relação havida entre esse direito e a interpretação do que seja um viver digno. Portanto, a ideia de dignidade humana ganha relevância e a forma como se possa

³ Constituição Federal, art. 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais em Espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 4. p. 228-571. p. 229.

interpretá-la passa a ser o elemento chave para o início da problemática que se busca elucidar.

É importante observar que a utilização do termo dignidade humana pelos tribunais não implica na existência de um conteúdo propriamente delineado do que esse princípio realmente signifique. Paolo Carozza fala, assim, na possível sujeição do termo a um uso discricionário pelas cortes constitucionais e, também, na possibilidade de manipulação ideológica que um conceito tão aberto permitiria.⁵ Trata-se de uma característica que Luís Roberto Barroso e Letícia Martel denominam de polissemia⁶, confirmando a necessidade de densificação doutrinária acerca dos seus possíveis conceitos e sentidos mínimos.

Ademais, Carozza aponta para uma dicotomia observada no recurso ao princípio da dignidade humana. Ora ele é utilizado como substrato para o exercício da autonomia, ora é invocado como fundamento para a limitação da liberdade.⁷ Por essa razão é que Neomi Rao se propõe a identificar acepções concretas e distintas de dignidade que permeiam as decisões que tratam do tema. A autora destaca a necessidade de se promover tal distinção, dada a especial relevância da dignidade humana enquanto princípio interpretativo, que acaba sendo usado para justificar o exercício e a limitação de direitos e liberdades de ordem constitucional.⁸

A primeira seria uma noção de dignidade inerente, que se liga ao valor intrínseco de cada indivíduo pela particular virtude de ser humano.⁹ Trata-se de uma

⁵ CAROZZA, Paolo. Human Dignity in Constitutional Adjudication. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). **The Research Handbook in Comparative Constitutional Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 459-472. p. 459. Nas palavras do autor: "the alleged absence of meaning in turn raises concerns about the degree of discretion that invocation of human dignity provides to judges and about the degree of ideological manipulation to which the concept is subject".

⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. 2010. p. 248-249. Complementam os autores: "no plano abstrato, a dignidade traz em si grande força moral e jurídica, capaz de seduzir o espírito e angariar adesão quase unânime. Tal fato, todavia, não minimiza a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica, que funciona, de certa maneira, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem de dignidade".

⁷ CAROZZA, Paolo. op. cit. p. 460.

⁸ RAO, Neomi. Three Concepts of Dignity in Constitutional Law. **Notre Dame Law Review**, Fairfax, v. 86, n. 1, p.183-271, mar. 2011. p. 186. Diz a autora: "when courts rely upon dignity, they implicitly appeal to a particular understanding of dignity – judges invoke dignity to add *something*, even if that something is not always clear. Constitutional courts around the world, including the U.S. Supreme Court, regularly use the term dignity or human dignity *as if it matters*. Since these opinions decide important issues and serve as precedents for future cases, the meaning of dignity matters because it is an interpretive principle used to understand rights and liberties".

⁹ Ibidem, p. 196.

noção de dignidade muito associada à ideia de direitos individuais. Como explica a autora, “a ideia básica é que a dignidade de uma pessoa é melhor respeitada ou possibilitada quando ela pode perseguir seus próprios objetivos da sua própria maneira”.¹⁰ Fala-se, portanto, da valorização da autonomia e liberdade individual, impossibilitada qualquer interferência do Estado no exercício delas.¹¹

A segunda acepção seria a de dignidade substantiva; de uma dignidade alcançada através da remissão a valores comunitários e de moralidade pública.¹² Trata-se de uma noção de dignidade utilizada em casos onde o Estado proíbe comportamentos considerados socialmente inaceitáveis – até por serem considerados ofensivos à dignidade –, com base na ideia de que a comunidade pode tutelar a dignidade de um indivíduo melhor do que ele próprio.¹³ Assim, a dignidade substantiva usualmente afrontará a ideia de dignidade inerente, pois, usada dessa forma, a dignidade humana “[...] não promove a maximização da liberdade individual, ao contrário, regula como os indivíduos devem se comportar para que mantenham sua dignidade”.¹⁴

Similar distinção é sustentada por Barroso e Martel. Inicialmente, os autores procuram apontar para a Constituição Federal brasileira, que em seu artigo 1º, inciso III, contemplaria a positivação da dignidade humana enquanto “fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral”.¹⁵ Nesse contexto, uma primeira vertente interpretativa adotaria a conceituação da dignidade como autonomia. Trata-se de movimento que emerge no contexto de documentos de Direitos Humanos do século XX e que promove o empoderamento do indivíduo

¹⁰ RAO, Neomi. 2011. p. 203. Tradução nossa: “the basic idea is that a person’s dignity is best respected or enabled when he can pursue his own ends in his own way”.

¹¹ Ibidem, loc. cit.

¹² Ibidem, p. 221. Explica a autora: “by contrast to inherent or intrinsic dignity, positive conceptions of dignity promote substantive judgments about the good life. Dignity here stands for what is valuable for individuals and society at large. Constitutional courts sometimes use this conception of dignity to justify political constraints and to promote values such as community or public morality. I this line of reasoning, a ‘proper’ conception of dignity means guiding the individual and society toward particular dignified choices. These forms of dignity will often conflict with the dignity of the autonomous individual”.

¹³ Ibidem, p. 222.

¹⁴ Ibidem, p. 229. Tradução nossa: “[...] do not purport to maximize individual freedom, but instead regulate how individuals must behave in order to maintain dignity”.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. 2010. p. 250.

frente ao Estado.¹⁶ A principal característica dessa visão de dignidade é a associação a um conceito de capacidade de autodeterminação, que, segundo os autores, se traduz no “direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade”.¹⁷

A dignidade humana enquanto autonomia dá prevalência à subjetividade, à liberdade e a direitos fundamentais individuais. Entretanto, o exercício dessas liberdades pelos indivíduos pode levar a colisões que repercutem sobre o corpo social.¹⁸ Assim, uma segunda vertente interpretativa afirmaria a dignidade humana enquanto heteronomia. Significa dizer, uma visão da dignidade permeada por valores comunitários e conceitos de moralidade e de interesse público. Os autores enfatizam que “o conceito de ‘dignidade como heteronomia’ funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la”.¹⁹

Cumprе apontar que a insuficiência de um modelo puramente pautado na liberdade e na não interferência do Estado sobre o indivíduo já se mostrou latente. Em maior ou menor extensão, as cortes constitucionais espalhadas pelo mundo têm reconhecido nas normas constitucionais uma dimensão de concretização social que foge à ideia pura de autonomia. Entretanto, quando Neomi Rao enfrenta a questão, ela enfatiza que “ao escolher suportar uma concepção social particular de dignidade, a Corte permite que normas comunitárias se sobreponham às escolhas dos indivíduos sobre sua própria dignidade”.²⁰ Destarte, a prevalência da dignidade enquanto heteronomia implicará na adoção de um padrão moral e ético de conduta

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. 2010. p. 252.

¹⁷ Ibidem, loc. cit. Pontuam os autores: “por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realiza-los”.

¹⁸ Ibidem, p. 255. Nas palavras dos autores: “escolhas individuais podem produzir impactos não apenas sobre as relações intersubjetivas, mas também sobre o corpo social e, em certos casos, sobre a humanidade como um todo. Daí a necessidade de imposição de valores externos aos sujeitos da dignidade como heteronomia”.

¹⁹ Ibidem, p. 256.

²⁰ RAO, Neomi. 2011. p. 229. Tradução nossa: “in choosing to uphold a particular social conception of dignity, the Court allows community norms to override the choices of the individual regarding his own dignity”.

humana que assume relevância para a interpretação do que seja o próprio conteúdo dessa dignidade.²¹

É por essa razão, também, que Rosalind Dixon e Tom Ginsburg afirmam a importância dos fatores culturais que podem ser determinantes na elaboração e, principalmente, na interpretação dos dispositivos constitucionais. O que os autores observam, com base no estudo constitucional comparado, é que, de uma forma ou de outra, a interpretação constitucional dos comprometimentos democráticos se pauta na bagagem cultural de determinada sociedade, influenciando diretamente na forma como se opera a regulação em matéria de direitos fundamentais.²² Igualmente, Diego Valadés sustenta que a dignidade se abrirá a considerações decorrentes da construção de direitos culturais com substrato em aspectos étnicos, religiosos e econômicos. Assim, “a dignidade se traduz em autonomia cultural, de sorte que o Estado e os integrantes da sociedade devem respeitar as decisões que cada pessoa toma em função de sua própria dignidade”.²³

A dignidade humana, segundo enfatiza Valadés, não tutela interesses exclusivos de uma pessoa ou grupo de pessoas, mas tutela o interesse de cada indivíduo independentemente de pertencer a um grupo majoritário ou minoritário. Assim, é defeso ao Estado a imposição discricionária de critérios para o exercício de direitos constitucionais, pois que sua essência é a neutralidade, consubstanciada na garantia da maior margem possível – observados apenas os limites de ordem pública – de liberdade ao indivíduo.²⁴ Para o autor, sequer sealaria em tolerância, uma vez que o respeito à dignidade está hoje um passo além dessa. Em suas palavras, “a secularidade plena do Estado consiste em que não existam tolerantes e

²¹ RAO, Neomi. 2011. p. 229. A autora traz interessante exemplo acerca de leis que proíbem prostituição e pornografia: “the issue here is not whether laws prohibiting prostitution or pornography may be desirable as social policy. Rather these examples demonstrate that the conception of dignity used to defend such policies is not that of human agency and freedom of choice, but rather represents a particular moral view of what dignity requires”.

²² GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. Introduction. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). **The Research Handbook in Comparative Constitutional Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 1-15. p. 12.

²³ VALADÉS, Diego. 2010. p. 146. Tradução nossa: “la dignidad se traduce en autonomía cultural, de suerte que el Estado y los integrantes de la sociedad deben respetar las decisiones que cada persona tome en función de su propia dignidad”.

²⁴ Ibidem. p. 145.

tolerados, mas sim uma completa simetria de relações entre pessoas igualmente dignas”.²⁵

Segundo Barroso e Martel, é nesse necessário equilíbrio entre autonomia e heteronomia que grande parte dos embates acerca do princípio da dignidade humana se colocam, pois nunca se afastará plenamente o papel do Estado como guardião precípua da ordem pública e do interesse comum. Destarte, a dignidade interpretada enquanto restrição – ou heteronomia –, significa a imposição de um freio à liberdade de cada indivíduo, que se justifica “em nome de valores e concepções de vida compartilhados”.²⁶ Enquanto a autonomia dialoga diretamente com a capacidade de autodeterminação individual, a heteronomia diz respeito à proteção do indivíduo com base em critérios e valores que lhe são externos.²⁷ Entretanto, os autores afirmam a excepcionalidade da proteção heterônoma da dignidade humana – que demanda ônus argumentativo elevado –, prevalecendo em regra a aceção da dignidade enquanto autonomia.²⁸

Contrariamente à tese de distinção entre diferentes conceitos de dignidade que se contrapõem em face das circunstâncias concretas, Paolo Carozza afirma que:

The dignity of having free choices is always tempered by restrictions placed on those choices, necessary to safeguard the dignity of others. As these examples imply, in most instances when the conflict between dignity-as-liberty and dignity-as-constraint appear, the issue is not actually two competing definitions of dignity, but rather the competing dignities of two different people whose interests may collide.²⁹

Entretanto, em se tratando do exercício pelo indivíduo de um direito subjetivo à morte, tal afirmação não parece se sustentar. Ainda que possível uma vaga

²⁵ VALADÉS, Diego. 2010. p. 145. Tradução nossa: “la secularidad plena del Estado consiste en que no haya tolerantes y tolerados, sino una completa simetría de relaciones entre personas dignas por igual”.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. 2010. p. 260. Complementam os autores: “a ‘dignidade como heteronomia’ é justificada na busca do *bem* para o sujeito, para a preservação da sociedade ou comunidade, para o aprimoramento moral do ser humano, dentre outros objetivos”.

²⁷ Ibidem, p. 261.

²⁸ Ibidem, p. 266. Nas palavras dos autores: “à luz do sistema jurídico brasileiro, é possível afirmar uma certa predominância da dignidade como autonomia, sem que se deslegitime o conceito de dignidade como heteronomia. O que significa dizer que, como regra geral, devem prevalecer as escolhas individuais. Mas não invariavelmente”.

²⁹ CAROZZA, Paolo. 2011. p. 465.

remissão à dignidade como valor familiar ou comunitário, o debate que envolve a eutanásia e o suicídio assistido se centra especificamente na suposta proteção do indivíduo contra sua própria decisão e ação individualmente voltada. O que existe, de fato, são diferentes abordagens hermenêuticas acerca do princípio da dignidade humana e que, no caso concreto, levam a resultados práticos distintos e contrapostos.

Portanto, no que se refere ao objeto do presente trabalho, resta imperativo indagar: qual a noção de moralidade pública que permeia a discussão acerca da eutanásia e do suicídio assistido? Só então será possível apontar a eventual legitimidade de uma restrição à autonomia pautada nessa acepção substantiva de dignidade (dignidade como heteronomia) que impediria a livre opção do indivíduo por adiantar sua morte. Afinal, a premissa básica do recurso ao princípio da dignidade humana, segundo Carozza, está justamente na ideia de que ele providencia uma espécie de valor supra-positivo que vincula o ordenamento constitucional como um todo.³⁰ Porém, antes de se avançar à análise desse substrato ético e moral que reveste interpretação do direito à vida no ordenamento constitucional, cumpre ainda pontuar a existência de uma corrente mais restritiva à inserção da dignidade humana – enquanto princípio hermeneuticamente amplo – em controvérsias como a ora aventada.

Adotando uma posição metodologicamente rígida no que se refere à interpretação constitucional da dignidade humana, os autores alemães Lothar Michael e Martin Morlok a diferenciam dos demais direitos fundamentais afirmando que deve se operacionalizar enquanto regra, e não como um mandamento de otimização. Dizem os autores que “o princípio da dignidade humana tem não só uma importância relativamente destacada, mas é concretizado no sentido de que, no fundo, só são garantidos conteúdos à prova de ponderação”.³¹

Daí decorre uma necessidade de ressignificação das discussões que usualmente clamam a dignidade humana como substrato de fundo. Por exemplo, afirmam que “os casos de proteção da vida não deveriam ser confundidos com a

³⁰ CAROZZA, Paolo. 2011. p. 467. Explica o autor: “[...] one can observe that in fact all of the typical uses of the idea of dignity in constitutional adjudication depend at least implicitly on the premise that dignity provides some sort of supra-positive value to which the details of constitutional law ought to be held”.

³¹ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 158.

proteção da dignidade humana, porque senão esta última é sobrecarregada ideologicamente”.³² Afirmam, também, que ingerências voluntárias de indivíduos no âmbito de direitos fundamentais consagrados – como é o caso do direito à vida – podem ser resolvidas dentro da esfera desses próprios direitos, sem remissão aos deveres de proteção decorrentes da dignidade humana.³³ Sob essa ótica, a discussão como a da eutanásia e a do suicídio assistido se restringiria apenas ao espaço de autonomia e liberdade especificamente delineado dentro do âmbito de proteção do direito à vida e à saúde, sem remissão à dignidade humana. Para Michael e Morlock, portanto, assumiria especial relevância a temática da renúncia a direitos fundamentais, que os autores preferiram denominar ‘disposição sobre conteúdos jurídico-fundamentais’.³⁴

Entretanto, em que pese os autores sustentarem a retirada da dignidade humana de embates como o que se pretende analisar, é impossível deixar de reconhecer alguma importância ao princípio. Afinal, a liberdade pressupõe a autonomia individual, pois não seria possível que uma dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais contornasse a liberdade que é inerente a cada indivíduo. De outra forma, se imporia um dever de exercício dessa liberdade, que acabaria, ao fim, por privar o indivíduo de sua autonomia. Por isso, os próprios autores reconhecem que a noção de dignidade humana se torna a premissa básica para a afirmação de que os direitos fundamentais se elevam como direitos disponíveis.³⁵

Ainda dentro de uma concepção mais restritiva, a dignidade humana militaria mais em favor do reconhecimento da autonomia e liberdade do indivíduo sobre a

³² MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. 2016. p. 168.

³³ Ibidem, p. 167. Os autores mencionam casos como os de limitação à prostituição, peep-shows, representações com anões, jogos de azar, para dizer que: “os limites jurídicos sobre quando é que o Estado pode aqui intervir com base em cláusulas gerais são no entanto problemáticos. A admissibilidade de ingerências deste género não deveria, porém, ser fundamentada com deveres de proteção decorrentes do art. 1º, n. 1, da Lei Fundamental. Todos estes casos se podem solucionar satisfatoriamente com o direito ordinário, eventualmente também com a proteção do direito geral de personalidade [...]. Deste modo, a questão decisiva da voluntariedade pode ser discutida no quadro de uma renúncia aos direitos fundamentais”.

³⁴ Ibidem, p. 428.

³⁵ Ibidem, p. 429. Segundo os autores: “o uso da liberdade pressupõe a autonomia que os direitos fundamentais postulam. Isto é válido não só para os direitos fundamentais quase-contratuais [...], mas para todos os direitos fundamentais sem excepção. Em especial, também a dignidade humana não implica um dever de preservar a dignidade própria objectivada seja de que maneira for. Pelo contrário, é precisamente a dignidade humana que é o ponto de partida da autonomia humana e, por isso, também da disponibilidade dos direitos subjectivos”.

sua vida – incluindo-se aí a possibilidade de antecipação da sua morte –, do que legitimando uma eventual restrição imposta pelo Estado a quem assim queira decidir, ou a quem dela venha a participar. Portanto, uma vez posicionada a dignidade humana como substrato de fundo para a discussão do direito à vida e à morte, deve-se avançar à análise do possível fundamento moral e religioso que reveste a interpretação constitucional da vida enquanto direito fundamental.

2.2 ASPECTOS CONTROVERSOS ACERCA DA MORAL E DA RELIGIÃO

A interpretação acerca da extensão e dos limites com que a vida é protegida em dado ordenamento dialoga diretamente com argumentos de cunho pessoal, usualmente religiosos, utilizados para a valoração dos preceitos constitucionalmente colocados. Assim, pode-se dizer que questões morais de difícil solução não costumam ser estranhas ao campo do direito. Ao contrário, como afirma Christopher McCrudden, “a prática de direitos humanos é normalmente dirigida por uma forte dimensão moral e ética, e consequentemente um potencial adicional para uma considerável tensão entre as duas disciplinas se eleva”.³⁶ Como corolário dessa tensão, deve-se investigar a importância da moral e da religião dentro da experiência constitucional contemporânea, em especial, como elas ainda ditam fortemente a hermenêutica constitucional, especialmente em face de temas tão sensíveis como a eutanásia.

O ponto de partida para questões acerca do suicídio sempre foi a religião. Nesse sentido, John Locke afastava do indivíduo a propriedade sobre a vida, para atribuí-la a Deus, possibilitando identificar o suicídio como um insulto a esse dom, que apenas seria concedido ao homem.³⁷ Não obstante, alguns filósofos posicionaram a questão dentro de um campo de moralidade que não necessariamente o religioso. A exemplo, Kant sustentou o suicídio enquanto

³⁶ MCCRUDDEN, Christopher. Judicial Comparativism and Human Rights. In: ORUCU, Esin; NELKEN, David (Ed.). **Comparative Law: A Handbook**. Londres: Hart Publishing, 2007. p. 371-398. p. 376. Tradução nossa: “human rights practice is often driven by a strong moral or ethical dimension, and consequently a further potential for considerable tension between the two disciplines arises”.

³⁷ DIETERLEN, Paulette. Algunas Consideraciones sobre la Eutanasia. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 121-128. p. 122.

contradição. Dentro da sua teoria, seriam dois os interesses contrapostos na prática do suicídio voluntário. De um lado o interesse legítimo de evitar sofrimentos porvindouros e de morrer antes que se perca o controle sobre o próprio corpo. De outro, o suicídio seria uma negativa do próprio ser, evidenciando uma impossibilidade de cumprimento de interesses posteriores. Para Kant, essa contradição caracterizaria o suicídio como uma ação irracional.³⁸

Ronald Dworkin, sob o prisma filosófico da integridade, apresenta uma relevante distinção entre objeções derivativas e objeções independentes às práticas do aborto e da eutanásia para ilustrar a complexidade dos argumentos morais invocados nessas discussões.³⁹ A primeira noção parte da pressuposição de que a todos os indivíduos vivos se atribui um conjunto de direitos e interesses. É dita derivativa pois traduz uma objeção pautada em valores derivados da natureza do sujeito a ser protegido. Em contrapartida, a segunda noção vale-se da consideração da vida como um valor intrínseco inafastável, razão pela qual a objeção independente “não depende de nenhum direito ou interesse particular, assim como não os pressupõe”.⁴⁰

Usualmente, o argumento da vida enquanto valor absoluto e intrinsecamente valioso é levantado para sustentar ingerências do Estado sobre liberdades privadas. Seria um dever do Estado, acima de qualquer coisa, proteger e tutelar a vida, por seu valor absoluto, ainda que afrontando aos próprios interesses do indivíduo a que ela pertence. Entretanto, as bases argumentativas para legitimar tal atuação se

³⁸ DIETERLEN, Paulette. 2001 p. 122. Explica a autora: “Kant argumentó que alguien que contemple el suicidio cae en una contradicción. Por una parte, está interesado em promover aquello que va em su mejor interés al tratar de evadir futuros sufrimientos o morir en una situación en la que ha perdido control sobre él; pero por otro lado, al quitarse la vida desea abolir su propio ‘yo’ y con ello toda posibilidad de asegurar el cumplimiento de futuros intereses. Como lo que es contradictorio es irracional, el suicidio es irracional”.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. p. 13-14. Explica o autor: “essa distinção entre bases derivativas e independentes para a proteção da vida humana fica ainda mais fácil de entender no contexto da eutanásia. Em 1989, o Supremo Tribunal do Missouri decidiu que os pais de Nancy Cruzan [...] não tinham o direito de ordenar ao hospital que retirasse os tubos de alimentação que mantinham sua filha viva. O Tribunal alegou que o estado do Missouri tinha o direito de manter Nancy Cruzan viva por respeito à santidade da vida. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos mais tarde confirmou essa sentença. [...] Se o fato de tais pessoas acabarem com a própria vida é um erro, assim o é a despeito de seus direitos, e não por causa destes. Assim o é porque suas vidas têm valor intrínseco – são sagradas –, ainda que continuar a viver não esteja entre os seus *próprios* interesses”.

⁴⁰ Ibidem, p. 13.

pautam em uma supervalorização da vida humana, que é produto de convicções morais e religiosas próprias a cada indivíduo.⁴¹ Sintetiza Dworkin:

Há alguns séculos, as pessoas matavam umas às outras porque acreditavam que certas formas de heresia ou de descrença eram demasiado iníquas, demasiado ofensivas às bases fundamentais da ordem moral pra que pudessem ser toleradas. Hoje, porém, a maioria dos norte-americanos e dos povos de outras democracias ocidentais adota o ponto de vista oposto. Acreditamos que o fato de uma comunidade impor princípios de fé espiritual ou de convicção aos indivíduos é uma forma terrível de tirania, uma destruição da responsabilidade moral. Se as grandes batalhas sobre o aborto e a eutanásia são realmente travadas em nome do valor intrínseco e cósmico da vida humana, como acredito que o sejam, então essas batalhas têm ao menos uma natureza quase religiosa, e não chega a surpreender que muitas pessoas acreditem que o aborto e a eutanásia sejam profundamente condenáveis e, ao mesmo tempo, que não cabe ao governo tentar estigmatizá-los com a força bruta das leis.⁴²

O valor intrínseco⁴³ de uma coisa, que é o valor que a coisa possui pela sua própria essência, se opõe ao valor instrumental⁴⁴ que ela possa ostentar, ou mesmo ao valor subjetivo⁴⁵ que possua. Dentro do campo das coisas que possuem valor intrínseco, o autor identifica dois níveis distintos de valorização. O primeiro seria o nível das coisas incrementalmente valiosas, que podem ser auferidas em termos quantitativos. O segundo seria o nível do sagrado ou inviolável, que se sustenta na confluência entre as noções de criação natural e criação humana.⁴⁶ Explica ele:

O traço distintivo entre o sagrado e o incrementalmente valioso é o fato de o sagrado ser intrinsecamente valioso porque – e, portanto, apenas quando – existe. É inviolável pelo que representa ou incorpora. Não é importante que existam mais pessoas. Mas, uma vez que uma vida humana tenha começado, é muito importante que floresça e não se perca.⁴⁷

⁴¹ DWORKIN, Ronald. 2003. p. 18.

⁴² Ibidem, p. 18-19.

⁴³ Ibidem, p. 99. Define o autor: “uma coisa é intrinsecamente valiosa [...] se seu valor for *independente* daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou do que é bom para elas”.

⁴⁴ Ibidem, loc. cit. Define o autor: “uma coisa é instrumentalmente importante se seu valor depender de sua utilidade, de sua capacidade de ajudar as pessoas a conseguir algo mais que desejam”.

⁴⁵ Ibidem, p. 101. Para o autor: “tratamos a vida de uma pessoa como subjetivamente valiosa quando avaliamos seu valor para ela própria, isto é, em termos de quanto *ela* quer estar viva, ou de quanto o fato de estar viva é bom para ela”.

⁴⁶ Ibidem, p. 115. Explica o autor: “qualquer criatura humana [...] é um triunfo da criação divina ou evolutiva que produz, como se fosse do nada, um ser complexo e racional, e igualmente um triunfo daquilo que comumente chamamos de ‘milagre’ da reprodução humana, que faz com que cada novo ser humano seja, ao mesmo tempo, diferente dos seres humanos que o criaram e uma continuação deles”.

⁴⁷ Ibidem, p. 102.

Dworkin tece tais comentários para demonstrar que os valores morais e religiosos adotados por cada pessoa influenciam diretamente a forma como ela interpreta valores e preceitos constitucionais. Ademais, o autor afirma ser importante precisar a forma com que tais valores são interpretados, para que se permita indagar até que extensão as leis e o Estado devem impô-las enquanto condutas universais. Pois se o traço distintivo dessa valoração é a remissão a um preceito moral ou religioso de cunho estritamente pessoal – ainda que compartilhado por grande parcela da população –, não seria cabível torná-la obrigatória perante aqueles, ainda poucos, que dela não compartilham.⁴⁸

No campo da interação entre constitucionalismo e religião, Larry Catá Backer se propõe a avaliar o que ele identifica como universalismo religioso, e que permite a institucionalização de padrões éticos e morais próprios dentro do ordenamento constitucional.⁴⁹ Seu objeto de análise, nesse aspecto, é voltado às experiências constitucionais de países islâmicos onde a religião figura com proeminência no texto constitucional, contrapondo-as ao constitucionalismo transnacional que emergiu no contexto pós II Guerra Mundial. Nas palavras do autor:

In the secular transnational constitutionalist context, the people must look to their constitutional traditions informed by the consensus of international law norms, in the development of which she may participate. In a universalist theocratic transnational constitutionalist context, the people must also look to their constitutional traditions informed by the precepts of religion, which they might affect but only as members of the religious community and to the extent permitted under the rules of that community.⁵⁰

Para o presente trabalho, a contribuição do raciocínio desenvolvido por Backer reside na possibilidade de demonstrar, pela análise concreta de experiências do constitucionalismo transnacional, a relação que se estabelece entre a interpretação em matéria de direitos fundamentais e a remissão a um substrato moral e religioso transposto ao ordenamento constitucional. A título exemplificativo, em contextos como o do Iraque e do Afeganistão, direitos humanos podem ser identificados apenas dentro de um sistema subordinado às normas religiosas cuja

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. 2003. p. 301.

⁴⁹ BACKER, Larry Catá. God(s) Over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21st Century. **Mississippi College Law Review**. Jackson, p. 101-154. 2008. p. 105.

⁵⁰ Ibidem, p. 146.

supremacia é positivada.⁵¹ Os direitos humanos tornam-se, portanto, o próprio objeto das normas religiosas. Porém, apenas uma religião é universalizada para se tornar a fonte maior de autoridade na elaboração e aplicação do direito.⁵² Assim, em tais contextos, “democracia se torna tirania, igualdade se torna tolerância, e o direito de fala se torna subordinado a outro sobrepujante direito – o direito de uma religião dominante determinar o substrato político para a atuação estatal”.⁵³ Em outras palavras, “a religião serve então como ‘lei maior’ que limita a expressão constitucional de uma comunidade política”.⁵⁴

Similarmente, Ran Hirschl vale-se do termo teocracia constitucional para descrever aquelas experiências constitucionais em que uma religião é formalmente instituída e passa, então, a vincular até mesmo a atividade legislativa.⁵⁵ Usualmente, as noções de constitucionalismo e religião são apontadas como diametralmente opostas.⁵⁶ Entretanto, o autor busca demonstrar que há muitas similaridades entre um conceito e outro. A mais evidente seria a pretensão apolítica que ambas ostentam. Quer dizer, tanto as normas constitucionais quanto as normas religiosas se pretendem autônomas, principiológicas e universalizáveis. Ambas, assim, buscam afirmar seu peso simbólico e seu *status* de superioridade como padrão moral para conformar as ações e comportamentos individuais.⁵⁷ A interpretação, igualmente, seria outro ponto de aproximação entre constitucionalismo e religião. Por isso, tanto textos constitucionais quanto textos sagrados seriam interpretados de acordo com

⁵¹ BACKER, Larry Catá. 2008. p. 146. Explica o autor: “under Iraqi and Afghani national constitutionalism, it is possible to view human rights as constituted as a subordinate system of norms subject to application only in line with superior framework of religious norms. Moreover, human rights is treated as object of religious norms”.

⁵² Ibidem, p. 146-147.

⁵³ Ibidem, p. 147. Tradução nossa: “democracy becomes tyranny, equality becomes tolerance, and rights discourse becomes subordinated to one overarching right – the right of a dominant religion to set the political baseline for state activity”.

⁵⁴ Ibidem, p. 150. Tradução nossa: “religion thus serves as the ‘higher law’ that limits the constitutional expression of a polity”.

⁵⁵ HIRSCHL, Ran. **Constitutional Theocracy**. Cambridge, Us: Harvard University Press, 2011. p. 3. Diz o autor: “constitutional theocracies [...] do more than grant exclusive recognition and support to a given state religion: laws must conform to principles of religious doctrine, and no statute may be enacted that is repugnant to these principles”.

⁵⁶ Ibidem, p. 206.

⁵⁷ Ibidem, p. 209.

valores suprapositivos – a funcionarem como verdadeiros ditames morais –, reveladores de uma autoridade superior.⁵⁸

Não se está a sustentar que o ordenamento brasileiro possa ser aproximado de forma absoluta às experiências de teocracia constitucional, porém, objetiva-se destacar a crítica tecida à proeminência da interpretação religiosa do ordenamento jurídico constitucional. Como pontua Hirschl, é importante compreender que a distinção entre secularismo e religião não é uma separação binária.⁵⁹ Existem muitas nuances aos sistemas jurídicos globalmente espalhados, que revelam uma complexidade de modelos para a interação entre esses dois fenômenos. Assim, em que pese a separação formal entre Estado e religião imposta pela Constituição brasileira, é possível se inquirir acerca da existência de uma moralidade dominante e eminentemente religiosa que determina diuturnamente a interpretação de princípios e direitos fundamentais de ordem constitucional.

Relevante se torna a identificação, trazida por Hirschl, de modelos específicos de interação entre constitucionalismo e religião sob a ótica do direito constitucional comparado. O Brasil, espelhando o fenômeno observado na América Latina como um todo, se enquadraria no que o autor denomina separação formal com preeminência *de facto* de uma religião. Esse modelo é encontrado em países onde há garantia de separação entre Estado e igreja e onde há liberdade de religião, porém “[...] onde padrões seculares de hegemonia politicamente sistematizada da igreja e uma moralidade centrada na religião continuam a dominar a arena constitucional”.⁶⁰ Portanto, mesmo que se contemple constitucionalmente a ideia de laicidade estatal, ainda assim pode haver relevante influência de aspectos morais e religiosos na interpretação dos valores inscritos na carta constitucional.

⁵⁸ HIRSCHL, Ran. 2011. p. 213. Segundo o autor: “interpretation of each of these texts, religious or constitutional, shares adherence to that text's ultimate ‘*grundnorm*’ – its supremacy, conceptual, moral, and political – over any other source of authority. The Constitution for avid constitutionalists is what the Bible is for Judeo-Christian religionists. The two domains thus are filled with existential struggles concerning extratextual interpretive methods, drawn from philosophy, probability, or the social sciences”.

⁵⁹ Ibidem, p. 6. Explica o autor: “the reality, however, is more complex and nuanced, for the secular/religious divide is a continuum, not a binary, dichotomous classification”.

⁶⁰ HIRSCHL, Ran. Comparative Constitutional Law and Religion. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). **The Research Handbook in Comparative Constitutional Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 422-440. p. 430. Tradução nossa: “[...] where longstanding patterns of politically systematized church hegemony and church-centric morality continue to loom large over the constitutional arena”.

Pode-se afirmar que o papel da religião na esfera pública sempre existiu, em maior ou menor grau, em que pese ser normalmente considerada como uma atuação complementar e não oposta aos interesses estatais.⁶¹ O motivo para tanto seria – em grande parte – atribuível à indeterminação inerente à estrutura dos direitos fundamentais, que oferecem a possibilidade ao interlocutor de agir no seu próprio interesse e sob suas próprias crenças.⁶² Lorenzo Zucca, que analisa o tema no contexto do estado secular europeu, conclui:

Religion is interested in the big moral problem of today's society. Its natural field of intervention is constitutional law at the level of principles, in particular those principles embedded in constitutional rights. Of course it also deals with family law issues, and at times with criminal law problems. But constitutional rights penetrate any field of law, and they are more open to arguments from morality.⁶³

Para o autor, no contexto de pluralismo religioso que marca a sociedade contemporânea, a diversidade de interlocutores deve necessariamente caminhar para o desenvolvimento de garantias de liberdade e igualdade de direitos. Ainda que conflitos existam dentro dos regimes constitucionais, são esses valores básicos que permitem valorizar o indivíduo face às obrigações que lhe são inerentes. O argumento da religião sempre será relevante, porém, “[...] nenhuma religião deve deter o monopólio da resolução de conflitos, e a lei deve evitar que isso ocorra”.⁶⁴ Afirmar, ainda, que esse monopólio pode ser tanto *de jure* quanto *de facto*, devendo ser sempre combatido do ponto de vista institucional. A ideia de Zucca é que se garanta um ‘mercado de religiões’, livre de dominação arbitrária. Não se trata, portanto, da aniquilação de qualquer argumento religioso, mas ao contrário, da garantia de um espaço público que aceite o pluralismo religioso em sua real definição e dimensão.⁶⁵

⁶¹ ZUCCA, Lorenzo. Law v Religion. In: UNGUREANU, Camil; ZUCCA, Lorenzo (Ed.). **Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 137-159. p. 138.

⁶² Ibidem, p. 140. Explica o autor: “the truth is that fundamental rights are indeterminate and offers everyone the possibility of making claims that are merely self-interested”.

⁶³ Ibidem, p. 137.

⁶⁴ Ibidem, p. 148. Tradução nossa: “[...] no religion should have a monopoly on the adjudication of conflicts, and law should prevent this from happening”.

⁶⁵ Ibidem, p. 150. Nas palavras do autor: “the marketplace of religion should be free from arbitrary domination. This does not mean that religious pluralism will be entrenched in this way; it simply means that the possibility of religious pluralism should always be preserved”.

Pelo esforço ora empreendido se buscou evidenciar a contraposição de distintas posições filosóficas e jurídicas, que levam à inafastável constatação: a vida, mesmo enquanto direito fundamental garantido pela ordem constitucional, é cotidianamente interpretada com base em valores de cunho religioso e moral, que são próprios às crenças mais íntimas do interprete. Entretanto, há de se reconhecer que tais valores não são, necessariamente, compartilhados por toda a comunidade. Daí ser necessário perguntar: podem os argumentos de cunho moral e religioso – que elevam a vida enquanto princípio absoluto e indisponível – serem opostos universalmente a todos os sujeitos, tornando proibida até mesmo a ação voluntária e justificada daqueles que autonomamente desejam antecipar sua morte?

2.3 O CONFLITO DE VALORES EM FACE DA MORTE VISTA COMO UM DIREITO

Posicionar a morte enquanto um direito subjetivo demanda a superação de uma série de obstáculos impostos pela interpretação tradicional acerca do que seja o direito à vida. Principalmente, busca-se confrontar a visão estritamente religiosa, que vê a vida como um dom divino e, portanto, indisponível, com a visão de uma vida pautada na dignidade humana, que associa a tutela desse direito à valorização da autonomia do sujeito que é o seu titular. Destarte, propõe-se que esse conflito seja ora esmiuçado, de modo a destacar os princípios envolvidos e o valor que se possa atribuir a cada um em face da discussão sobre a eutanásia e sua não criminalização.

O embate que emerge do conflito entre a vida enquanto valor absoluto, de um lado, e enquanto direito posicionado na esfera de disponibilidade individual, do outro, evidencia a existência de um conflito moral entre valores sensíveis ao ordenamento constitucional. Assim, a resistência imposta aos avanços no campo da regulação da eutanásia usualmente é pautada em convicções religiosas que ditam a conduta moral dos indivíduos. Nesse sentido, Lorenzo Zucca destaca um relevante argumento invocado para a negação da eutanásia, qual seja o de que “[...] nossa vida não é nossa propriedade posto que nos foi concedida por Deus, que é o único em controle sob questões de vida e morte”.⁶⁶ Por outro lado, é possível que fora do

⁶⁶ ZUCCA, Lorenzo. 2012. p. 141. Tradução nossa: “[...] our life is nor our property as it has been granted by God, who is the only one in control of matters of life and death”.

ambiente estritamente religioso a ideia de Deus enquanto último adjudicador não seja universalmente compartilhada. Ganha importância o valor da autonomia individual, que garante ao sujeito uma parcela de privacidade na tomada de decisões que concernem ao seu próprio ser. Isso incluiria a possibilidade de se aceitar que à vida seja atribuída, pelo indivíduo, um extremo desvalor – pela dor e sofrimento que sente – e, nesse contexto, seria aceitável que o indivíduo autonomamente optasse por findar sua vida.⁶⁷

Admitindo-se que tanto a vida, quanto a liberdade de crença e religião, se posicionam enquanto direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento constitucional, o substrato a uma moral eminentemente religiosa para afirmar a primeira enquanto valor absoluto e indisponível não se sustenta. Do contrário, estar-se-ia aproximando sua interpretação a uma hermenêutica própria de contextos constitucionais teocráticos. Segundo Diego Valadés, as constituições contemporâneas prescindem das tradições religiosas, resultando na afirmação de que “o importante em um Estado constitucional não consiste em impor nem em prescrever credos, mas em prescrever as mais amplas liberdades em favor de todos os integrantes da comunidade estatal”.⁶⁸ Ademais, enfatiza o autor, que da mesma forma com que não se entenderia aceitável que o Estado impusesse a um católico medidas próprias à cultura judaica, ou islâmica, também não se deveria aceitar que convicções religiosas com substrato próprio à crença de uma maioria cristã se impusessem àqueles que dela não compartilham.⁶⁹

Se há pluralismo religioso – inclusive constitucionalmente assegurado –, então é o exercício livre e motivado da escolha individual que permite garantir que cada um possa expressar e agir conforme suas próprias convicções. Segundo afirma Lorenzo Zucca, “[...] quando um indivíduo deve tomar uma decisão entre obrigações conflitantes, ele é, em princípio, livre para decidir de acordo com valores

⁶⁷ ZUCCA, Lorenzo. 2012. p. 141. Nas palavras do autor: “non-religious people disagree with the idea that God is the ultimate adjudicator. But they are uncertain as to whether we should assist people in dying. When they do think so, they generally rely on the value of individual autonomy, which must allow for a room of decisional privacy on the part of the individual. Life is theirs and they certainly cherish it. But if for some reason they become detached from their life and only think about limiting the pain life protracts then they should be given a chance to end their life”.

⁶⁸ VALADÉS, Diego. 2010. p. 86. Tradução nossa: “lo importante en un Estado constitucional no consiste en imponer ni en proscribir credos, sino en prescribir las más amplias libertades a favor de todos los integrantes de la comunidad estatal”.

⁶⁹ Ibidem, p. 90-91.

próprios e auto impostos, ou de acordo com a melhor interpretação da sua religião”.⁷⁰ Essa liberdade é desejável, e é corolário da própria afirmação da liberdade religiosa enquanto princípio constitucional, pois permite que indivíduos e grupos hajam observando visões próprias e compreensivas da moral e da religião, conquanto nunca se afaste por completo o papel garantidor do Estado nessa seara.⁷¹

Barroso e Martel afirmam que, no Brasil, o valor absoluto atribuído à vida em discussões como a presente decorreria da valorização de um modelo biomédico interventivo e da própria valorização da vida biológica, produto de doutrinas morais de cunho eminentemente religioso.⁷² As discussões relativas à morte com intervenção trazem, assim, visões específicas da vida vista enquanto um bem em si.⁷³ Na esteira do que grande parcela doutrinária sustenta, Luis Gustavo Gonet Branco conceitua a vida em termos absolutos e indisponíveis, porém, chegando ao ponto de se afirmar que viver é antes um dever imposto ao indivíduo – e assegurado pelo estado –, do que um direito que a constituição se lhe atribui. Diz o autor:

Sendo um direito, e não se confundindo com uma liberdade, não se inclui no direito à vida a opção por não viver. Na medida em que os poderes públicos devem proteger esse bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade em contrário do seu titular. Daí que os poderes públicos devem atuar para salvar a vida do indivíduo, mesmo daquele que praticou atos orientados ao suicídio.⁷⁴

Entretanto, novos embates, a exemplo do que propõem Barroso e Martel, reconhecem que nem mesmo a vida se apresentará sempre enquanto valor absoluto.⁷⁵ O caso dos pacientes terminais, que se veem diante de um cenário em que a morte já se tornou certa, mas que buscam evitar eventuais sofrimentos e dores pela abreviação direta da vida, revela a dimensão de complexidade inerente à

⁷⁰ ZUCCA, Lorenzo. 2012. p. 150. Tradução nossa: “[...] when an individual is required to reach a decision between conflicting obligations, she is in principle free to decide according to his own self-imposed values or according the best interpretation of his religion”.

⁷¹ Ibidem, p. 159.

⁷² BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. 2010. p. 246-247.

⁷³ Ibidem, p. 247. Explicam os autores: “um dos consensos mínimos que compõem a dignidade humana nas sociedades ocidentais é a preservação da vida como um valor em si, que se atinge, naturalmente, por sua promoção e proteção rigorosa. Com efeito, basta considerar que, além do seu caráter substantivo, o direito à vida é pré-condição, é instrumento que permite a própria dignidade, pois sua negação leva à inexistência do sujeito da dignidade”.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2017. p. 231.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. op. cit., p. 247.

discussão de valores constitucionais tão sensíveis. Assim, frente a essas situações extremas, emergem outros interesses, igualmente tutelados a nível constitucional, que competem com a vida, impedindo que se chegue ao ponto de afirmá-la enquanto um efetivo dever de viver.⁷⁶ Explicam os autores:

Entram em cena, então, outros conteúdos da própria dignidade. É que a dignidade protege, também, a liberdade e a inviolabilidade do indivíduo quanto à sua desumanização e degradação. É nesse passo que se verifica uma tensão dentro do próprio conceito, em busca da determinação de seu sentido e alcance diante de situações concretas. De um lado, a dignidade serviria de impulso para a defesa da vida e das concepções sociais do que seja o *bem morrer*. De outro, ela se apresenta como fundamento da morte com intervenção, assegurando a autonomia individual, a superação do sofrimento e a morte digna.⁷⁷

Paulette Dieterlen reforça que é esse recurso ao conceito de autonomia que possibilita afirmar o indivíduo como sujeito apto a tomar uma decisão sobre sua própria morte. Para a autora, “[...] se deduz que nós temos o direito moral de terminar com a nossa vida e que, portanto, essa ação não deve ser penalizada nem condenada moralmente”.⁷⁸ Também, partindo desse pressuposto, não haveria impedimento a que se buscasse ajuda para a concretização da morte desejada. Não obstante, problemas maiores emergem quando se tratam de casos em que o indivíduo é incapaz para tomada da decisão, ou quando sua autonomia colide com a autonomia do médico.⁷⁹

Nesse contexto, é relevante, também, a ponderação aventada por Dworkin. Sua conclusão vai no sentido de que para a maioria das pessoas, ainda que queiram indicar um fundamento derivativo de que determinada conduta – aborto ou eutanásia – é má, e, portanto, deve ser combatida, na prática apenas logram afirmar que, com base em suas próprias convicções morais e/ou religiosas, nunca violariam a vida naquelas ocasiões. O que resulta, portanto, é um fundamento independente e subjetivo, que atribuiu à vida um valor máximo de apreço, mas que não se sustenta como parâmetro a ser imposto a todas as condutas em sociedade. Assim, o autor

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. 2010. p. 247. Concluem os autores: “se, em uma infinidade de situações, a dignidade é o fundamento da valorização da vida, na morte com intervenção as motivações se invertem”.

⁷⁷ Ibidem, loc. cit.

⁷⁸ DIETERLEN, Paulette. 2001. p. 125. Tradução nossa: “[...] se deduce que las personas tenemos el derecho moral de terminar con nuestra vida y que, por lo tanto, esa acción no debe ser penalizada ni condenada moralmente”.

⁷⁹ Ibidem, loc. cit.

afirma que a vida assume para os interlocutores um valor sagrado, que não se liga apenas à ideia de religião *per se*, mas também associado à noção de secularismo.⁸⁰

Dworkin propõe, então, a seguinte indagação: “*qualquer* comunidade política deve fazer dos valores intrínsecos uma questão de decisão coletiva e não de escolha individual?”.⁸¹ A resposta, no caso da eutanásia, envolve a identificação de três pressupostos essenciais ao debate: a autonomia do paciente, seus interesses particulares e a santidade da sua vida. Com base na ponderação entre os três vetores apontados é que se permite avançar na discussão sobre a atribuição ao paciente terminal de um direito de terminar sua vida no momento oportuno e desejado.⁸² Nesse contexto, afirma-se que todo sujeito possui interesses denominados críticos, para além dos meramente experienciais.⁸³ Os primeiros correspondem aos interesses que genuinamente fazem da vida algo melhor, enquanto os últimos dizem respeito às experiências prazerosas pontuais.⁸⁴

Através da compreensão do que sejam interesses críticos – que atribuem à vida um significado próprio e pessoal –, é que se pode cogitar que a morte seja vista como algo de interesse fundamental ao indivíduo.⁸⁵ Torna-se legítima a preocupação que nasce em cada indivíduo acerca do momento e, principalmente, do modo com que se dará a sua própria morte. Tal preocupação é pautada em valores desenvolvidos e adotados pela própria pessoa que se encontra na posição de vulnerabilidade. A santidade da sua vida não é, portanto, derivada de uma construção do que universalmente se aceitou como sacro, mas, antes, do que ele

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. 2003. p. 33. Explica o autor: “sei que alguns leitores irão desaproveitar, em especial, o termo ‘sagrado’, contudo, uma vez que esse termo lhes sugere que a convicção que tenho em mente é necessariamente teísta. Tentarei explicar por que não é e como esse termo pode ser, e costuma ser interpretado tanto em um sentido secular quanto convencionalmente religioso”.

⁸¹ Ibidem, p. 35.

⁸² Ibidem, p. 268-276.

⁸³ Ibidem, p. 286. Segundo o autor: “precisamos da distinção entre interesses experienciais e interesses críticos para entender muitas de nossas convicções sobre o modo como as pessoas devem ser tratadas. Precisamos dela, por exemplo, para explicar por que razão as drogas que afetam o modo de perceber o mundo, ou outras formas de lavagem cerebral que produzem alegria e prazer duradouros, não atendem aos interesses de suas vítimas: queremos dizer que elas não atendem a seus interesses *críticos*”.

⁸⁴ Ibidem, p. 283-284.

⁸⁵ Ibidem, p. 294. Explica o autor: “exploramos a complexa idéia dos interesses críticos porque não podemos pensar na morte como algo de interesse fundamental para alguém a menos que compreendamos essa dimensão dos interesses que as pessoas têm”.

próprio acredita e valoriza como tal. Dworkin identifica que pessoas nessa situação não buscam negar, mas afirmar o valor da vida, ao optar por uma morte digna, pois “querem que sua morte expresse e, ao fazê-lo, confirme vigorosamente os valores que acreditam ser os mais importantes para suas vidas”.⁸⁶

Pode-se afirmar que a vida e a morte devem ser posicionadas dentre aqueles interesses de suma importância ao indivíduo particularmente considerado. Cada sujeito deve, autonomamente, construir um conceito acerca do que seja uma boa vida e uma boa morte, ainda que pautado em valores comunitários, morais e religiosos. Por essa razão, conforme pontua Dworkin, “não se pode esperar que uma decisão coletiva uniforme sirva a todos da mesma maneira”.⁸⁷ A única forma de honrar a pluralidade de credos e filosofias de vida existentes em uma sociedade, seria permitir a cada um a possibilidade de tomar uma decisão livremente pautada em suas convicções mais íntimas. Conclui o autor, com base em argumentos de autonomia e beneficência, que “levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania”.⁸⁸

Tecidas essas considerações, conclui-se o primeiro capítulo do presente trabalho, destinado à abordagem da discussão acerca da eutanásia em face do embate filosófico e jurídico que permeia a interpretação do direito à vida. Viu-se que a dignidade humana fornece importante substrato ao debate, para além dos questionamentos próprios ao campo da moral e da religião. Por fim, buscou-se construir o aparente conflito principiológico instaurado, para evidenciar que, no caso da eutanásia e do suicídio assistido, a valorização da autodeterminação do indivíduo permite resguardar tanto a dignidade que lhe é inerente, quanto a sua liberdade religiosa e de credo. Via de regra, o ordenamento constitucional preza pela proteção da liberdade – aí se incluindo a capacidade de disposição e um eventual direito à morte digna – para que se assegure ao indivíduo sua autonomia de escolha e condução de vida. Portanto, ainda que absolutamente legítima a objeção que se possa ostentar contra as condutas eutanásicas – do ponto de vista estritamente

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. 2003. p. 298.

⁸⁷ Ibidem, p. 301.

⁸⁸ Ibidem, p. 307.

pessoal –, seria ilegítima a tentativa de adotá-la como critério de vedação universalizável à terminação voluntária da vida por pacientes terminais.

3 A IDENTIFICAÇÃO DE UM DIREITO À MORTE COM DIGNIDADE

Uma vez superadas as discussões acerca do substrato principiológico que reveste a interpretação do direito à vida e à morte, deve-se avançar à conceituação do que seja a eutanásia, propriamente, e como ela tem sido concretamente tratada no âmbito jurídico e médico. Assim, inicialmente, serão apresentadas as definições de eutanásia e as diferentes formas com que doutrinariamente as práticas nela envolvidas têm sido distinguidas. Em seguida, far-se-á uma análise centrada na interpretação jurídica acerca das práticas eutanásicas, principalmente destinada à investigação da criminalização das condutas de auxílio ao suicídio e de homicídio por piedade. Por fim, serão tecidas algumas considerações sob a perspectiva médica – em especial sob a ótica da bioética protetiva – e como se permitiriam conciliar práticas medicinais hígdas e o atendimento às demandas e desígnios do paciente.

3.1 DEFINIÇÕES E CONCEITOS ACERCA DA EUTANÁSIA

O termo eutanásia, que tem origem grega e significa ‘boa morte’⁸⁹, costuma delimitar um conjunto de atos, que envolvem dar morte, deixar morrer ou prestar o auxílio para a morte de outra pessoa e no interesse dessa.⁹⁰ Segundo Alicia Bincaz, a eutanásia “é um ato por natureza piedoso, encaminhado a aliviar o sofrimento intenso de um ser humano próximo a morrer ou em condições de saúde tais que

⁸⁹ QUESADA, Federico Ortiz. Eutanasia. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 101-112. p. 102. Explica o autor: “en efecto, cuando oía decir que tal persona había muerto de repente y sin sufrir, pedía a los dioses una muerte semejante, una *eutanasia*, palabra griega que significa ‘buena muerte’”.

⁹⁰ BINCAZ, Alicia Beatriz Azzolini. Intervención en la Eutanasia: ¿Participación Criminal o Colaboración Humanitaria?. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 5-15. p. 5.

afetam de modo severo e irreversível sua qualidade de vida”.⁹¹ O termo se popularizou a partir do século XVII, quando passou a ser utilizado para designar formas de morte tranquila e natural, e desde o século XIX assumiu a conotação de morte provocada no paciente.⁹²

Em substituição à noção de eutanásia, o termo ortotanásia ganhou preferência em textos de inspiração católica por significar a utilização de paliativos garantidores de uma morte indolor, mas sem nunca admitir uma ação direta que implique em findar a vida de uma pessoa.⁹³ Nesse contexto, também, Barroso e Martel propõem a adoção de uma restrição ao uso do termo eutanásia, que se limitaria à sua forma ativa – aplicada por médicos em pacientes terminais –, resguardando ao conceito de ortotanásia práticas que compreenderiam a denominada eutanásia passiva.⁹⁴ Para os autores, “a conduta antes caracterizada como eutanásia passiva [...] já não deve ser necessariamente visualizada como antiética, podendo ser expressão da autonomia do paciente, merecedora de respeito por parte da equipe de saúde”.⁹⁵

A ortotanásia seria compreendida, então, como a antítese do que se denomina distanásia, que é o prolongamento artificial da vida – normalmente doloroso e penoso ao paciente – mesmo em casos onde já se sabe de antemão não existir alternativa viável à recuperação.⁹⁶ Incluem-se, dentro do conceito de prolongamento artificial da vida, práticas potencialmente lesivas aos pacientes, como as de obstinação terapêutica e de tratamento fútil.⁹⁷ Portanto, a adoção do termo ortotanásia, cuja etimologia aponta para uma ‘morte correta’, parece ganhar relevo

⁹¹ BINCAZ, Alicia Beatriz Azzolini. 2001. p. 5. Tradução nossa: “es un acto por naturaleza piadoso, encaminado a aliviar el sufrimiento intenso de un ser humano próximo a morir o en condiciones de salud tales que afectan de modo severo e irreversible su calidad de vida”.

⁹² QUESADA, Federico Ortiz. Eutanasia. 2001. p. 102.

⁹³ VALADÉS, Diego. 2010. p. 87.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. 2010. p. 238-240.

⁹⁵ Ibidem, p. 242.

⁹⁶ QUESADA, Federico Ortiz. Eutanasia. op. cit. p. 110.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. op. cit., p. 239-240. Segundo os autores: “a primeira consiste no comportamento médico de combater a morte de todas as formas, como se fosse possível curá-la, em ‘uma luta desenfreada e (ir)racional’, sem que se tenha em conta os padecimentos e os custos humanos gerados. O segundo refere-se ao emprego de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento, incapazes de ensinar a melhora ou a cura, mas hábeis a prolongar a vida, ainda que agravando sofrimentos, de forma tal que os benefícios previsíveis são muito inferiores aos danos causados”.

como forma de desmistificação de determinadas práticas relacionadas à eutanásia, ao mesmo tempo em que promove a sua desassociação a esse termo, de cunho predominantemente negativo. Diego Valadés, no entanto, critica essa distinção:

En algunos textos de inspiración eclesiástica católica se prefiere el término *ortotanasia*, para significar la utilización de paliativos que ayuden a bien morir, sin que se procure ni admita de manera directa poner fin a la vida de una persona. La voz significa ‘muerte correcta’, y aunque se han hecho esfuerzos para diferenciar sus efectos de la eutanasia pasiva, en realidad sólo es un ejercicio semántico encaminado a mantener un discurso adverso a la eutanasia, sin argumentos específicos.⁹⁸

Em termos doutrinários e jurisprudenciais, ao menos a nível internacional, consolidou-se a adoção do termo eutanásia tanto no que se refere a sua modalidade ativa, quanto passiva. A eutanásia ativa corresponderia à efetiva ação de terceiras pessoas que ajudam um indivíduo com doença crônica ou em estado terminal a pôr fim a sua vida, por sua própria solicitação.⁹⁹ Já a eutanásia passiva descreveria apenas a terminação ou suspensão do tratamento que manteria vivo o indivíduo feita a pedido do paciente, por meio de declaração prévia dada por ele, ou a pedido de pessoas com poderes para tanto.¹⁰⁰ Diego Valadés conceitua:

La eutanasia activa suele equipararse al suicidio asistido, mientras que la eutanasia pasiva es la suspensión de lo que se considera como ensañamiento terapéutico, en cuyo caso el paciente no tiene posibilidad alguna de sobrevivir en el caso de que ese tratamiento sea suspendido. En el caso de la eutanasia activa, el paciente no siempre depende de un tratamiento invasivo y continua, y puede o no estar en aptitud de causarse la muerte por sus propios medios.¹⁰¹

O auxílio prestado à morte do paciente consiste, via de regra, na disponibilização de instrumentos para que ela não seja um evento doloroso, violento, nem indigno, e pode incluir a aplicação dos fármacos necessários para produção do resultado, se o paciente não pode se valer deles por si mesmo.¹⁰² Ademais, no que se refere à eutanásia passiva, costuma-se dizer que é a ação voltada a permitir que a morte de alguém ocorra, ainda que derivada da progressão e desdobramento da

⁹⁸ VALADÉS, Diego. 2010. p. 87.

⁹⁹ Ibidem, p. 88.

¹⁰⁰ Ibidem, loc. cit.

¹⁰¹ Ibidem, loc. cit.

¹⁰² Ibidem, p. 88-89. Explicca o autor: “el auxilio consiste en allegarle los instrumentos para que su tránsito no sea doloroso, violento ni indigno, e incluso en aplicarle los fármacos necesarios para ese efecto, si el paciente no puede valerse por sí mismo”.

própria doença que já lhe acomete. Esse ato de permissão pode ser tanto associado a uma ideia de abstenção pura, mas também a uma ideia de remoção de obstáculos que impeçam o desencadeamento da doença.¹⁰³ Assim, não há uma equiparação entre os conceitos de ação e omissão, em referência, respectivamente, à eutanásia ativa e passiva.¹⁰⁴ A eutanásia passiva compreende tanto o que se denomina abstenção terapêutica, ou recusa de tratamento médico¹⁰⁵, quanto a suspensão terapêutica, também denominada limitação consentida de tratamento¹⁰⁶. Diz-se que “no primeiro caso não se inicia o tratamento, e, no segundo se suspende o já iniciado já que se considera que mais do que prolongar o viver, prolonga o morrer”.¹⁰⁷

Ademais, existe a distinção entre a figura da eutanásia voluntária e da involuntária. Conforme explica Alicia Bincaz, eutanásia voluntária seria a realizada por petição do paciente ou com seu consentimento informado, expresso e consciente.¹⁰⁸ Já a eutanásia involuntária seria a praticada sobre um paciente incapaz, sem que ele seja consultado acerca da sua própria percepção e dos seus próprios desejos. A autora ressalva que “[...] a eutanásia involuntária é a que se impõe a um paciente contra sua vontade, contrariando seus próprios desejos, mas

¹⁰³ DIETERLEN, Paulette. 2001. p. 124.

¹⁰⁴ BINCAZ, Alicia Beatriz Azzolini. 2001. p. 6.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. 2010. p. 240. Explicam os autores: “a *recusa de tratamento médico* consiste na negativa de iniciar ou de manter um ou alguns tratamentos médicos. Após o devido processo de informação, o paciente – ou, em certos casos, seus responsáveis – decide se deseja ou não iniciar ou continuar tratamento médico”.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 241. Aponta os autores: “a *retirada de suporte vital (RSV)*, a *não-oferta de suporte vital (NSV)* e as *ordens de não-ressuscitação ou de não-reanimação (ONR)* são partes integrantes da *limitação consentida de tratamento*. A RSV significa a suspensão de mecanismos artificiais de manutenção da vida, como os sistemas de hidratação e de nutrição artificiais e/ou o sistema de ventilação mecânica; a NSV, por sua vez, significa o não-emprego desses mecanismos. A ONR é uma determinação de não iniciar procedimentos para reanimar um paciente acometido de mal irreversível e incurável, quando ocorre parada cardiorrespiratória”.

¹⁰⁷ VARELA, Perez V. M. Eutanasia: ¿Piedad? ¿Delito?. México, Jus. 1989. p. 19-43. *apud*: KLAUS, Arnoldo. Eutanasia: Reflexión Obligada. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 145-175. p. 146. Tradução nossa: “en el primer caso no se inicia el tratamiento, y, en el segundo se suspende el ya iniciado ya que se considera que más que prolongar el vivir, prolonga el morir”.

¹⁰⁸ BINCAZ, Alicia Beatriz Azzolini. 2001. p. 6.

nunca atuando contra seus interesses”.¹⁰⁹ Nesse contexto, a eutanásia voluntária se pautaria no argumento da autonomia do indivíduo, enquanto a eutanásia involuntária encontraria bases no princípio da proteção ao melhor interesse da pessoa.¹¹⁰

A própria possibilidade de que exista eutanásia voluntária é questionada por parcela da doutrina, afirmando que o consentimento somente se outorga em relação a bens jurídicos individuais, daí porque inadmissível nos casos que envolvam a vida.¹¹¹ Não obstante, Enrique Díaz Aranda sustenta que o direito à vida é um direito de máxima liberdade, a ser garantido dentro de um âmbito de autonomia, e por isso poderia ser concebido como “[...] um direito fundamental à livre disponibilidade da vida por seu titular”.¹¹²

Em função da resignificação da discussão em torno de práticas como a eutanásia e o suicídio assistido, com substrato nas modernas acepções do que seja dignidade humana e liberdade religiosa, Diego Valadés propõe a adoção do termo autonomia vital. Explica ele:

La autonomía vital consiste en la libertad que tiene toda persona para conocer y decidir acerca de las implicaciones de un tratamiento médico, y para determinar en qué condiciones y hasta cuándo está dispuesta a soportar un padecimiento irremediable, en ocasiones con dolores extremos que, desde su perspectiva afecta su dignidad personal. Este concepto incluye dos grandes rubros: la supresión de un tratamiento y la terminación voluntaria, incluso asistida, de la vida. Cada uno de esos supuestos implica la ponderación legal, ética y científica de las circunstancias en que es aceptable el ejercicio de los derechos asociados a la autonomía vital.¹¹³

Em função dessas distinções, e das diferentes implicações e características que revestem a prática da eutanásia, identificam-se três posições principais quanto à sua aceitação. Primeiramente, haveria um consenso maior em torno da possibilidade

¹⁰⁹ Ibidem, p. 6-7. Tradução nossa: “[...] la eutanasia *involuntaria* es la que se impone a un paciente en contra de su voluntad, contraviniendo sus propios deseos, pero nunca actuando en contra de sus intereses”.

¹¹⁰ DIETERLEN, Paulette. 2001. p. 124.

¹¹¹ ETCHARREN, Rodrigo Zamora. El Consentimiento del Ofendido en la Eutanásia. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 17-24. p. 20

¹¹² ARANDA, Enrique Díaz. Relatoria. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 87-95. p. 94. Tradução nossa: “[...] un derecho fundamental a la libre disponibilidad de la vida por su titular”.

¹¹³ VALADÉS, Diego. 2010. p. 90.

de um indivíduo rechaçar determinado tratamento que lhe prolongaria a vida, desde que considerado capaz para a tomada da referida decisão. Em um segundo nível, haveria maior resistência nos casos em que essa opção pela recusa ou terminação do tratamento deva ser tomada por terceira pessoa, em função da inconsciência, menoridade ou condição mental do paciente, ainda que possa haver parcial mitigação quando há documento escrito prevendo a vontade do signatário. Por fim, a maior dificuldade reside nas situações em que, por dificuldades físicas ou técnicas, o sujeito deseja ser privado da sua vida por intermédio da ação de outra pessoa.¹¹⁴

Assim, demonstrou-se que o termo eutanásia comporta a discussão de variadas práticas e técnicas, com diferentes efeitos para a provocação ou antecipação da morte em pacientes terminais. Igualmente, cunharam-se outros termos como ortotanásia e distanásia, para descrever ações relativas ao trato da morte em situações de fim de vida. Enquanto a distanásia revela a antítese da eutanásia, a ortotanásia parece querer descrever algo que já se encontraria previsto dentro das condutas eutanásicas passivas, mas de modo a afastar a carga axiológica negativa que o termo implicaria. Em que pese se tratar de um passo relevante no caminho da construção de um espaço de autonomia vital, o presente trabalho busca tratar da eutanásia em todas as suas modalidades, razão pela qual não se fará igual distinção. Tecidas essas considerações e estabelecidas as definições e conceitos acerca das práticas eutanásicas, deve-se avançar à análise das questões jurídicas e médicas que lhe são conexas.

3.2 POSIÇÕES JURÍDICAS DE (DES)CRIMINALIZAÇÃO

A proteção da vida é assegurada a nível internacional e nacional, quer por seu valor relevante enquanto direito humano inafastável, quer pela usual tutela dispendida pelos ordenamentos jurídicos penais quando da tipificação de crimes contra a vida. No entanto, permanece algum campo de debate acerca da interpretação absoluta que se dá a esse direito. Torna-se relevante inquirir até que ponto não existiria uma dimensão de disponibilidade do sujeito sobre essa vida que é precipuamente sua. Como pontua Diego Valadés, “esses problemas podem ser

¹¹⁴ VALADÉS, Diego. 2010. p. 89.

examinados desde una perspectiva ética e desde un punto de vista jurídico”.¹¹⁵ Busca-se, neste momento, apresentar a discussão jurídica acerca da aceitação das práticas ligadas à eutanásia.

Muitos juristas afirmam que o auxílio ou instigação à morte de outrem deve ser conduta necessariamente proibida, dada a especial proteção dispendida em favor da vida enquanto bem jurídico de valor extremo ao ordenamento jurídico-constitucional.¹¹⁶ No âmbito do direito interno de cada Estado, há diversos tipos penais que contemplam figuras pelas quais se realizaria a eutanásia. Abarcam-se condutas como a daqueles que prestam a outrem auxílio para que se suicidem e também daqueles que prestam esse auxílio ao ponto de causar-lhes eles próprios a sua morte.¹¹⁷ Entretanto, destaca-se que tanto nos casos de auxílio ao suicídio, como nos casos de homicídio consentido, alguns autores concebem um estado de necessidade justificante, pautado na ideia de colaboração humanitária, diante do qual sucumbiria a tese de participação ou ação delitiva.¹¹⁸

Inicialmente, destaca-se que a eutanásia traduz uma conduta pautada na piedade e na valorização da autonomia do indivíduo que padece. Via de regra, em que pese sua inadequação sob o ponto de vista de algumas religiões, não poderia ela ser considerada delito, por não afligir diretamente a outros, além daquele próprio sujeito que a pratica ou suplica.¹¹⁹ Entretanto, em especial no âmbito do embate público, ganha espaço uma argumentação consequencialista, que afirma que a tolerância legal às práticas eutanásicas consistiria em verdadeiro incentivo e aprovação à conduta, fomentando o suicídio em populações vulneráveis.¹²⁰ É esse

¹¹⁵ Ibidem, loc. cit. Tradução nossa: “esos problemas pueden ser examinados desde una perspectiva ética y desde un punto de vista jurídico”.

¹¹⁶ BINCAZ, Alicia Beatriz Azzolini. 2001. p. 9.

¹¹⁷ Ibidem, p. 8. Diz a autora: “la eutanasia puede tener cabida en cualquiera de los supuestos mencionados. Dentro del conjunto de quienes prestan a otro auxilio para que se suicide, o de los que induzcan a otro para que se suicide, o de los que presta auxilio al suicida al punto de causarles ellos mismos la muerte, podemos identificar, en cada caso, el subconjunto que resulta de la intersección con el conjunto de los que actúan con móviles piadosos, en beneficio de la víctima y con su consentimiento”.

¹¹⁸ Ibidem, p. 15.

¹¹⁹ SCHLÛTER S., Hanne-Lore. Aspectos Bioéticos y Derechos Humanos de la Eutanasia. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 113-120. p. 114.

¹²⁰ Ibidem, loc. cit.

argumento que Hanne-Lore Schluter busca refutar, dizendo que ao Estado caberia apenas conformar o debate acerca da eutanásia ao estrito campo da moralidade pessoal, não podendo ser ele objeto de leis impositivas e restritivas universalmente postas.¹²¹

No Brasil, as condutas relacionadas à eutanásia poderiam ser enquadradas nos tipos penais do suicídio assistido¹²² e do homicídio¹²³. Dessa forma, quer consubstanciada em uma ação, quer em uma omissão praticada pelo profissional médico encarregado, estar-se-ia diante de conduta reprovável e criminosa. Ademais, pela interpretação predominante no âmbito do direito penal, mesmo a existência de expressa requisição pelo paciente para que seja descontinuado o tratamento considerado fútil ou desproporcional, não permitiria afastar a imputação criminal.¹²⁴ Estar-se-ia, no máximo, diante da hipótese atenuante prevista no artigo 65, III, a, do Código Penal.¹²⁵ Nas palavras de Barroso e Martel, “a existência de consentimento não produziria o efeito jurídico de salvaguardar o médico de uma persecução penal”.¹²⁶

A vedação à prática da eutanásia sempre foi absoluta no ordenamento brasileiro, englobando tanto sua modalidade ativa quanto passiva. Não se estendia ao paciente qualquer dimensão de disponibilidade sobre o seu tratamento. Entretanto, o Conselho Federal de Medicina promoveu relativização das diretrizes éticas que vedavam em absoluto qualquer prática ligada à eutanásia. Buscando regulamentar principalmente aquelas condutas denominadas de eutanásia passiva, ou ortotanásia, editou-se em 9 de novembro de 2006 a Resolução CFM nº 1.805/2006, que permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, minimizando seu sofrimento,

¹²¹ SCHLÜTER S., Hanne-Lore. p. 115.

¹²² Código Penal, art. 122: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma, ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave”.

¹²³ Código Penal, art. 121: “Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. 2010. p. 242.

¹²⁵ Código Penal, art. 65: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral”.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. op. cit. p. 243.

respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.¹²⁷ Em face da resolução, o Ministério Público Federal chegou a ajuizar a Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, em que se pleiteou o reconhecimento da nulidade do ato normativo.¹²⁸ Ao final, porém, tanto o Ministério Público quanto o Conselho pugnaram pela improcedência do pedido, que foi acolhido na sentença proferida pelo juiz federal Roberto Luis Luchi Demo.¹²⁹

Com isso, é possível afirmar que a medicina brasileira já admite condutas médicas de respeito à autonomia do paciente, desde que consubstanciada em escolhas de negativa ou suspensão de tratamento considerado inútil ou desproporcional. Dworkin tece uma relevante crítica a essa postura de aceitação da eutanásia em sua modalidade passiva, com a manutenção de vedações a qualquer prática de eutanásia ativa. Diz ele:

As leis de todos os países ocidentais (com exceção, na prática, da Holanda) ainda proibem que médicos, ou outros, matem diretamente pessoas que lhes peçam para fazê-lo, injetando-lhes um veneno letal, por exemplo. Assim, o direito produz o resultado aparentemente irracional: por um lado, as pessoas podem optar por morrer lentamente, recusando-se a comer, recusando-se a receber um tratamento capaz de mantê-las vivas ou pedindo para ser desligadas de aparelhos de respiração artificial; por outra,

¹²⁷ Dispõe a Resolução CFM nº 1.805/2006 em seu art. 1º: “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”. Ainda, diz o § 1º: “O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação”. Por fim, segundo o art. 2º: “O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”.

¹²⁸ BRASIL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Sentença, autos ACP nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Relator: Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, DF, 1 de dezembro de 2010. **Diário Oficial da União**.

¹²⁹ Ibidem. Cumpre reproduzir a conclusão aventada no parecer da Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira, e reproduzida na sentença: “na medicina atual, há um avanço no trato do doente terminal ou de patologias graves, no intuito de dar ao paciente não necessariamente mais anos de vida, mas, principalmente, sobrevida com qualidade. A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano. E, repise-se, não se trata de conferir ao médico, daqui pra frente, uma decisão sobre a vida ou a morte do paciente, porque ao médico (ou a equipe médica, tanto melhor) apenas caberá identificar a ocorrência de um estado de degeneração tal que indique, em verdade, o início do processo de morte do paciente. Trata-se, pois, de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, que é conduta ínsita à atividade médica, sendo completo despautério imaginar-se que daí venha a decorrer um verdadeiro “tribunal de vida ou morte”, como parece pretender a inicial. Por tudo isto é que os pedidos deduzidos na presente demanda não devem ser acolhidos”.

não podem optar pela morte rápida e indolor que seus médicos poderiam facilmente conseguir-lhes.¹³⁰

Ao tratar da questão à luz do ordenamento jurídico penal mexicano, Bincaz enfatiza primeiramente a proposta de alguns autores quanto à necessidade de haver a previsão de uma atenuante para os casos de eutanásia. Nesse contexto, sustenta-se a consideração dos sentimentos de piedade que motivam a ação de quem dá morte a outrem ou auxilia na sua execução para atenuação dos crimes imputados.¹³¹ No Brasil, o Código Penal prevê expressamente em seu artigo 65 a atenuante para os casos em que o crime for cometido por relevante valor social ou moral.¹³² Não obstante, deve-se investigar a possibilidade de construção de teses assentadas não na atenuação, mas na não punição das condutas eutanásicas criminalizadas. Assim, abre-se um leque de opções, uma vez que o direito penal comporta diferentes soluções para que se permita, sem modificar os tipos penais, a discussão quanto a causas de justificação, de exculpação ou de atipicidade.¹³³

Nesse contexto, ainda que de *lege ferenda*, é imperativo reconhecer a possibilidade de o consentimento do ofendido ser tratado como uma causa de justificação que permitiria afastar a ilicitude da conduta eutanásica aparentemente típica.¹³⁴ Primeiramente, cabe apontar que os requisitos apontados pela doutrina para que o consentimento da vítima seja tratado como uma causa justificante seriam a voluntariedade e capacidade para consentir, bem como a disponibilidade do bem jurídico.¹³⁵ Com base no último fundamento apontado, consolidou-se o entendimento de que o consentimento da vítima nunca seria relevante em hipóteses que confrontassem o direito à vida, pois que ela deveria ser tomada como um bem jurídico absoluto e indisponível. A única ressalva feita, em face da realidade brasileira, diz respeito à regulação da ortotanásia promovida pelo Conselho Federal

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. 2003. p. 259.

¹³¹ BINCAZ, Alicia Beatriz Azzolini. 2001. p. 13.

¹³² Código Penal, artigo 65: “são circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral”.

¹³³ BINCAZ, Alicia Beatriz Azzolini. op. cit. p. 14. Diz a autora: “el tema se ha tratado de solucionar sin modificar el texto de los códigos penales desde distintas perspectivas: causa de justificación, de exculpación o de atipicidad”.

¹³⁴ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia: Novas Considerações Penais**. 2008. 341 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 174.

¹³⁵ Ibidem, p. 177.

de Medicina, que já permite construir a noção de testamento vital e de um direito de recusa ao tratamento indesejado.¹³⁶ Entretanto, condutas relacionadas à eutanásia ativa ainda são criminalizadas, justamente pela indisponibilidade que se costuma atribuir ao bem jurídico tutelado.

Via de regra, diz-se que delitos patrimoniais seriam aptos a admitir o consentimento como causa de justificação, enquanto o mesmo não se sucederia no caso dos delitos contra a vida.¹³⁷ Não obstante, é possível colecionar exemplos de delitos que, em que pese patrimoniais, são tratados como igualmente indisponíveis. A exemplo, diferentemente da hipótese de furto, onde se admite a excludente, o mesmo não ocorre no roubo ou na extorsão, “eis que nessas hipóteses, ao lado do interesse particular que aparece inicialmente preponderante, há uma proteção buscada pela norma penal que transcende esse interesse privado”.¹³⁸

Portanto, vê-se que essa indisponibilidade reside não em uma diferença na proteção dispensada ao direito de propriedade em alguns casos específicos, mas na existência de um interesse coletivo sobrepujante que demanda a desconsideração do consentimento dado pelo indivíduo em certos contextos. Diante desse cenário, não parece correto dizer que a validade do consentimento, para fins de exclusão da ilicitude de uma conduta, reside no valor absoluto ou relativo do direito afetado, mas exatamente na existência de um interesse coletivo relevante, que sobrepesa a disponibilidade inerentemente assegurada ao indivíduo.

Convencionou-se afirmar que a vida “é um bem jurídico importante para a comunidade, tendo o Estado interesse em protegê-la como valor social”.¹³⁹ De fato, em muitos casos, a vida se reveste de um valor coletivo importante e, por isso,

¹³⁶ SIRONI, Fernanda Menegotto; TISOTT, Neri. A Possibilidade da Declaração de Última Vontade Diante do Conflito de Direitos Fundamentais Envolvidos na Ortotanásia. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UNICURITIBA, 22, 2013, Curitiba. Florianópolis: Funjab, 2013. p. 293-312. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ac3870fcad1cfc36>>. Acesso em: 11 nov. 2018. p. 298. Explicam os autores: “a partir do momento que a ortotanásia passou a ser permitida, com a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, passou-se a pensar sobre a possibilidade de antecipar o consentimento do paciente,, por meio de uma declaração de vontade: um testamento vital”.

¹³⁷ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. 2008. p. 192. Diz o autor: “em geral, são incluídos nessa ordem de bens disponíveis os patrimoniais. Assim, as condutas que tipificam delitos patrimoniais poderiam ser justificadas, em havendo previsão legal expressa ou em se aceitando, na hipótese, o consentimento como causa supralegal de justificação”.

¹³⁸ Ibidem, p. 192-193.

¹³⁹ Ibidem, p. 287.

autoriza o Estado a agir por intermédio do ordenamento penal para coibir condutas que lhe são lesivas. No entanto, isso não deve se colocar como uma afirmação absoluta. Nas palavras de Marcello Guimarães:

[...] não basta a solução simplista de se dizer que um bem jurídico, como a vida, é indisponível, impedindo-se qualquer outra interpretação ou flexibilidade. O próprio balanceamento de bens jurídicos envolvidos e a verificação do caso concreto indicam o equívoco de uma 'absolutização' do referido critério.¹⁴⁰

Os casos de eutanásia e suicídio assistido são reveladores de um contexto muito específico, relativo a pacientes em estado terminal, cuja busca centra-se apenas na conquista de uma dignidade na forma de morrer. Tratam-se de pessoas que, em geral, valoram a vida de sobremaneira e, por isso mesmo, desejam uma morte indolor. Assim, essa morte não parece ser exatamente a negação da vida, mas ao contrário, parece revelar um ideal de vida digna que seria negado pelo prolongamento da dor e sofrimento que lhes acometem.

Ao mesmo tempo, o valor comunitário dessa vida terminal perde grande parte da sua relevância. O marco distintivo da eutanásia residiria justamente nessa perda do sentido coletivo da vida que torna possível a admissão do consentimento como causa de justificação das práticas eutanásicas criminalizadas. Se os crimes contra a vida são usualmente vistos como insuscetíveis de aquiescência, dado o valor da vida enquanto bem jurídico que transcende ao próprio indivíduo, isso não é válido para a eutanásia. Permite-se falar em uma legítima causa de justificação em função da ausência de um interesse de ordem coletivo apto a mitigar a disponibilidade que o indivíduo ostenta sobre sua própria vida – que já se encontra em situação terminal. Por isso, seria legítimo o interesse do paciente em preservar a dignidade que ainda lhe resta pela opção por uma morte oportuna e indolor.

Conclui-se, assim, que existem elementos suficientes para a afirmação da eutanásia – mesmo em sua modalidade ativa – enquanto conduta atípica ou justificada, afastando-a do campo da persecução penal e permitindo que sua discussão seja tratada dentro da esfera estritamente médica. A despeito de tais considerações, há de se reconhecer que, na esteira de diversos ordenamentos jurídicos, no Brasil admitem-se apenas práticas de eutanásia passiva, sendo amplamente criminalizadas as demais condutas ativas. Essa criminalização,

¹⁴⁰ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. 2008. p. 192.

conforme os apontamentos já tecidos sob a perspectiva filosófica e religiosa da vida enquanto valor fundamental, não se sustentaria. Aqui, foi apenas traçado um panorama jurídico acerca da eutanásia, apontando-se possibilidades interpretativas tanto presentes quanto futuras, de modo que se permite, agora, avançar à discussão da eutanásia sob o prisma médico e bioético.

3.3 A ÉTICA MÉDICA NAS CONDUTAS DE FINAL DE VIDA

Conforme definição anteriormente esmiuçada, o termo eutanásia costuma ser empregado para indicar ações de provocação de uma morte indolor em um enfermo incurável.¹⁴¹ Em princípio, as condutas eutanásicas são analisadas sob a perspectiva do paciente que as peticiona, centrando-se a discussão sob o conflito entre a vida e a autonomia individual. No entanto, para além do indivíduo que padece de doença terminal, ganha especial importância e relevo o estudo da conduta médica voltada ao atendimento das demandas desse paciente. Assim, ao se afirmar que o suicídio pode ser legal quando visto do ponto de vista do indivíduo que o peticiona, entende-se que também a assistência médica prestada por profissional para que esse indivíduo alcance o resultado almejado – de maneira indolor e efetiva – deveria ser vista como igualmente legal.¹⁴²

Para Hanne-Lore Schluter, ao Estado caberia apenas controlar e regular os acordos firmados entre médico e paciente, com a finalidade de assegurar a plena capacidade quando da emissão do seu consentimento e para garantir também que o paciente conheça da sua condição e das implicações da opção por ele visada.¹⁴³ Especialmente, tal atuação estatal se revela necessária na identificação e combate a situações possíveis de coação a que o paciente possa estar sendo sujeitado. No entanto, não se legitimaria uma criminalização genérica da prática, pois que, para a autora, os médicos e quaisquer responsáveis na área da saúde devem ser sensíveis às diferentes opiniões sobre o tema. Assim o direito a morrer deve ser entendido como o produto da multiculturalidade e diversidade religiosa, que deve sempre

¹⁴¹ SCHLÛTER S., Hanne-Lore. 2001. p. 113.

¹⁴² Ibidem, p. 117.

¹⁴³ Ibidem, loc. cit.

buscar a oferta de um tratamento médico que se pretenda apropriado frente às demandas do paciente.¹⁴⁴

Questão mais complexa diz respeito aos casos em que se está diante de paciente que não pode autonomamente tomar uma decisão, nem tampouco nomear alguém para a incumbência. Discute-se se seria admissível que um responsável médico, guardião ou tutor tomasse a decisão em seu lugar. A preocupação também concerne o que se denomina de melhor interesse do paciente, conceito esse dotado de diferentes conotações e uma complexidade argumentativa latente.¹⁴⁵ Nesse contexto, Schluter apresenta algumas acepções para compreensão de vetores interpretativos possíveis para definição do que seja esse melhor interesse. Primeiramente, poderia ser ele definido em função do sofrimento e angústia a que o paciente se encontra sujeito. Também poderia ser definido em razão da indagação acerca da opção que o paciente elegeria se estivesse em condições para fazê-lo. Por fim, em termos mais genéricos, a definição poderia pautar-se no juízo de conveniência e interesse na continuidade de um tratamento que apenas prolongaria um fim certo.¹⁴⁶

O maior receio que advém da discussão acerca da hipótese supramencionada diz respeito à possibilidade de um agente externo tomar a decisão em substituição ao próprio indivíduo, pautando-se em uma prova objetiva sobre uma determinada concepção de qualidade de vida, ou sob o argumento de que a prolongação do tratamento consistiria em carga social e econômica

¹⁴⁴ SCHLÛTER S., Hanne-Lore. 2001. p. 117-118. Diz a autora: “en una sociedad liberal que tiene minorías étnicas y religiosas dentro de ellas, estas opiniones diferentes sobre la muerte y el morir como elijamos, tienen que tolerarse, por supuesto, y tanto los médicos como cualquier responsable de la salud deben ser sensibles a ellas para proporcionar tratamiento médico apropiado. Pero no hay razón por la que en una sociedad liberal y multicultural los criterios de ciertos grupos religiosos se opongan al punto de vista liberal subrayado anteriormente, ni para que miembro de estos grupos exijan que se convierta en leyes vinculantes para todos su punto de vista particular”.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 118.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 118-119. Explica a autora: “em primer lugar se define en términos del sufrimiento y angustia que ocasionaría al sujeto (neonato disminuido, enfermo de Alzheimer, estados de coma profundos, etcétera) la prolongación de su vida mediante tratamiento activo. En el segundo, se define en términos de lo que el sujeto elegiría si le fuera posible, lo que implica que algunas formas de vida son tan ‘terribles’ que nadie elegiría continuar viviendo. En tercer lugar, se define de forma más general el término de ‘los mejores intereses del sujeto’, lo que implica que podría convenirle no prolongar su existencia mediante tratamiento activo. Sin duda estas tres definiciones se superponen en la práctica”.

demasiadamente excessiva.¹⁴⁷ Aduz-se que seria uma aproximação perigosa ao programa de eutanásia implementado na Alemanha nazista, em que 275.000 pessoas foram assassinadas em hospitais e sanatórios, por profissionais médicos, e com base em supostos argumentos científicos objetivos, por serem consideradas como socialmente inúteis.¹⁴⁸ O programa denominado *Gnadentod*, cujo significado é ‘morte doce’, serviu também para experiências com câmaras de gás que seriam mais tarde utilizadas em campos de concentração.¹⁴⁹

No entanto, a base argumentativa que sustentou a adoção do programa naquele contexto em muito se assemelha à posição atualmente difundida, que considera a vida como absoluta e a eutanásia como um delito. Isso porque tanto uma quanto outra pecam pela não atribuição de uma dimensão de disponibilidade ao próprio sujeito que é titular da vida que se busca tutelar. Nesse contexto, Dworkin afirma que “existem riscos tanto na legalização quanto na recusa a legalizar; é preciso atentar para o equilíbrio desses riscos concorrentes, e nenhum deles deve ser ignorado”.¹⁵⁰ Igualmente, Schluter enfatiza que um direito à morte pautado na autonomia moral do indivíduo representaria a negação das práticas nazistas e do programa lá adotado. Pontua ela:

Estamos en una pendiente resbaladiza sólo cuando nos alejamos de considerar la decisión de acabar con la vida de uno como una decisión moral que pertenece al paciente individual, y que está basada en su derecho a la autonomía moral, y la vemos ante todo como un asunto médico o científico o como un tema social. Por lo tanto, en una sociedad liberal, cualquier legislación que dé expresión al ‘derecho a morir’ debe estar relacionada esencialmente con el derecho autónomo del paciente a controlar el final de su vida.¹⁵¹

Ademais, a doutrina tenta elencar alguns argumentos usualmente utilizados para a vedação à prática de atos deliberados que buscam colocar fim a uma vida

¹⁴⁷ SCHLÛTER S., Hanne-Lore. 2001. p. 118.

¹⁴⁸ Ibidem, loc. cit.

¹⁴⁹ DIETERLEN, Paulette. 2001. p. 121. Pontua a autora: “quizá uno de los fantasmas principales que rondan las discusiones sobre este tema es la política denominada *Gnadentod*, que significa ‘muerte dulce’ y que fue empleada por los nazis para camuflar una política de exterminio de los individuos que eran juzgados como incapaces de llevar una vida productiva y provechosa. Esta política fue puesta en marcha por decreto el 1 de septiembre de 1939; como consecuencia, 275,000 personas murieron en cámaras de gas que sirvieron para experimentar, mismas en las que más tarde se ejecutarían a miles de judíos”.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. 2003. p. 279.

¹⁵¹ SCHLÛTER S., Hanne-Lore. op. cit. p. 119.

que já não mais atende aos interesses do seu titular. Aponta-se, inicialmente, que a negativa se pauta na irreversibilidade da decisão e no receio em se admitir que por erro ou ato de ignorância alguém decida praticá-la. Outra objeção recorrente diz respeito ao poder atribuído ao médico em uma sociedade que admite a eutanásia.¹⁵² Ao mesmo tempo, Arnoldo Kraus pontua que a medicina usualmente abandona os pacientes terminais, relegados ao descaso e sem possibilidades terapêuticas. Ele afirma “[...] que, apesar de o trabalho primário do médico consistir na preservação da vida, esta ação não deve se dar à custa de sofrimentos intoleráveis ou contrariamente à autonomia do enfermo”.¹⁵³ Assim, permite-se concluir que a assistência ao suicídio e a eutanásia ativa podem ser vistas como soluções válidas e a boa morte do enfermo deve ser entendida, nesse contexto, como êxito médico.¹⁵⁴

A questão da comunicação entre paciente e médico é outro tema particularmente sensível, mas que ganha especial relevância no que se refere aos problemas que emergem com a discussão da eutanásia. Segundo pontua Ronald Scott, prevalece dentro dos sistemas de saúde uma noção de confidencialidade e uma ideia de que não é possível ao profissional da medicina causar qualquer mal, ainda que a pedido ou em benefício do paciente.¹⁵⁵ Assim, a opinião do enfermo é desconsiderada e é estimulada a conduta médica que autoriza a omissão de informações e opções acerca do tratamento dispendido. Isso se traduz em uma acentuada cristalização da exigência de obediência ao médico, que aponta para um

¹⁵² DIETERLEN, Paulette. 2001. p. 122. Explica a autora: “otra objeción consiste en pensar que dicha práctica provocaría que los médicos tuvieran un poder de vida y muerte, lo que generaría en las personas que ingresaran a aun hospital un estado de angustia y zozobra. Existe la creencia de que la eutanasia traería consecuencias terribles al nivel de la salud pública, pues podríamos sospechar que la decisión sobre la vida y la muerte se toma en función de los costos de determinados tratamientos”.

¹⁵³ KLAUS, Arnoldo. Eutanasia: Reflexión Obligada. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 145-175. p. 161. Tradução nossa: “[...] que, a pesar de que la labor primaria del médico es preservar la vida, esta acción no debe ser a costa de sufrimientos intolerables o en contra de la autonomía del enfermo”.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 161. Nas palavras do autor: “en este sentido, una buena muerte equivale a éxito médico”.

¹⁵⁵ SCOTT, Ronald L. United States Legal Aspects of Euthanasia. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 25-49. p. 48.

aparente dever de distanciamento para com o paciente.¹⁵⁶ Como solução, o autor pugna pela necessidade de diálogo entre todas as partes envolvidas no tratamento, mesmo sobre temas tão delicados. Diz ele:

We must not allow our society's new-found willingness to allow death to occur 'naturally' to act as a license for not discussing the issue with each patient personally. Autonomy and respect for the patient demands such a discussion, even in the face of medical futility. As with many such issues, the answer probably lies in a better understanding of these complex issues by all medical professionals.¹⁵⁷

No mesmo sentido sustenta Kraus, ao afirmar que a responsabilidade do médico para com o doente se inicia no momento em que se deposita a confiança de um no outro, estabelecendo-se o nexo da relação entre ambos.¹⁵⁸ Assim, haveria um dever de diálogo que incluiria a manutenção de conversas oportunas sobre o tema da morte e as vias para alcançá-la no caso de uma doença terminal. Tal postura, a ser adotada pelos profissionais da medicina, demanda o conhecimento da bagagem cultural, moral e socioeconômica do paciente.¹⁵⁹

Nesse sentido, sustenta o autor que a opção pela eutanásia ou pelo suicídio assistido pode ser validamente admitida como última instância terapêutica. O paciente, ou sua família agindo no seu interesse, pode genuinamente desejar que a intervenção médica deixe de lhe prolongar sofrimentos e angústias desnecessários. A morte não é, assim, o fracasso da intervenção médica sobre o indivíduo, mas ao contrário, é justamente a materialização do êxito alcançado. Nesse contexto, a opção pela eutanásia “implica, pois, fundir desejos em decisões nada comuns: permitir ou produzir a morte como último recurso médico”.¹⁶⁰

No âmbito da bioética, Siqueira-Batista e Schramm afirmam que uma interpretação verdadeiramente laica acerca da compaixão médica deve dar ênfase à

¹⁵⁶ SCOTT, Ronald L. 2001. p. 48-49.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 49.

¹⁵⁸ KLAUS, Arnoldo. 2001. p. 160.

¹⁵⁹ Ibidem, loc. cit. Nas palavras do autor: “por lo anterior, amén de que es imperativo que se refuercen las materias ligadas a la ética médica, todo galeno que confronte a enfermos que soliciten morir, deberá entender que la responsabilidad hacia el doliente se inicia con el nexo que se establece desde que uno deposita la confianza en el otro y que deberá incluir charlas oportunas sobre el tema de la muerte y las vías para llegar a ésta en caso de padecer alguna patología terminal. Lo anterior sólo se comprende cuando el médico conoce el bagaje cultural, moral y socioeconómico de su enfermo”.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 156.

autonomia individual do sujeito que decide pela eutanásia.¹⁶¹ Os autores defendem, assim, que o tema seja tratado sob a perspectiva da denominada bioética da proteção. Trata-se de condicionar a conduta médica aos ditames da empatia e compaixão, produto da compreensão da igualdade que é inerente a todos os seres vivos. Explicam eles:

[...] ser compassivo não significa adotar um posicionamento paternalista – ou seja, decidir, autoritariamente, acerca do que é melhor para outrem –, fundamentado em um mero sentimento de pena ou comiseração, mas, sim, desenvolver e praticar um amplo respeito à existência, na medida em que se acolhe, incondicionalmente, aquele que sofre, ativamente, em seu âmagio.¹⁶²

Agir pelo que os autores denominam de compaixão laica significa dizer que a ação do profissional da medicina deve ser voltada ao indivíduo que padece, para garantir-lhe o exercício de autodeterminação em relação às decisões que serão tomadas.¹⁶³ Entende-se que uma pessoa pode legitimamente desejar a sua morte, ao perceber a indignidade da sua existência. Ao médico, então, não caberá impor decisões contrárias aos desejos expressos do paciente, pois a relação entre quem cuida e quem é cuidado demanda especial e recíproca consideração. O acolhimento, assim, deve ser completo e “pressupõe o não-julgamento do outro [...], mas, sim, e tão somente, sua aceitação, o amparo de sua condição de vivente, caracterizando o movimento de recebê-lo sem preconceitos e com profunda responsabilidade”.¹⁶⁴

Pelo exposto, Siqueira-Batista e Schramm sustentam a utilização da compaixão – interpretada em sentido laico –, como referencial teórico para as discussões éticas que revestem as práticas eutanásicas.¹⁶⁵ No entanto, destacam-se algumas críticas comumente tecidas a essa escolha. Primeiramente, diz-se que essa interpretação poderia ser vista como paternalista, marcada por uma suposta

¹⁶¹ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. A Bioética da Proteção e a Compaixão Laica: O debate moral sobre a eutanásia. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, p. 1241-1250, 2009. p. 1242.

¹⁶² Ibidem, p. 1245.

¹⁶³ Ibidem, p. 1246. Pontuam os autores: “assim, agir por compaixão laica é, na verdade, proteger o outro – especialmente em situações de desamparo, nos quais sua autonomia esteja muito limitada –, dando-lhe condições para exercer um mínimo de autodeterminação em relação às (graves) decisões a serem tomadas”.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 1247.

¹⁶⁵ Ibidem, loc. cit.

assimetria entre médico e paciente e pela sujeição desse último a uma condição de inferioridade. No entanto, a interpretação da compaixão dentro da teoria proposta implica no reconhecimento da igualdade na relação entre médico e paciente e, como consequência direta dessa constatação, é que se pode afirmar o dever de diálogo e mútua consideração entre ambos. Conforme pontuam os autores, “a compaixão laica se estabelece entre compartilhantes de uma radical e inquestionável igualdade, ou seja, só há compaixão entre iguais”.¹⁶⁶

A segunda crítica residiria na pusilanimidade; no entendimento de que a ação médica pautada na compaixão implicaria em ceder à fraqueza ao permitir que o indivíduo abdique da luta pela sua vida. No entanto, os autores pontuam que “a compaixão nada tem a ver com a fraqueza [...], na medida em que a igualdade só pode ser reconhecida em um contexto em que se identifica o sofrimento como intrínseco à existência de todos e de cada um”.¹⁶⁷ Na realidade, essa segunda crítica sustenta algo que é exatamente o objeto da primeira crítica tecida, o paternalismo. O que afirmam os críticos sob essa ótica é que o médico deveria recusar as demandas do paciente, e mesmo negar-lhe a legitimidade de suas convicções pessoais, sob um pretenso dever moral de impor uma provação e um sofrimento místico ou sacro. Entretanto, a compaixão laica preza justamente pela compreensão do sofrimento que é particular a cada indivíduo, defendendo o respeito àquilo que o próprio paciente acredita e opta em face da sua doença e da sua agonia.¹⁶⁸

Finalmente, critica-se a compaixão como vetor para a interpretação da bioética sob o fundamento de que seria um valor inatingível. No entanto, da forma como apresentada, a compaixão laica poderia ser concretamente aplicada sem maiores problemas. Conforme sustentado, as noções de compaixão e de proteção são fundadas no reconhecimento da igualdade que aproxima médico e paciente, razão pela qual demandam apenas a consideração de todos os interesses envolvidos no tratamento.¹⁶⁹ Nesse contexto, a compaixão laica deve ser

¹⁶⁶ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. 2009. p. 1247.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 1248.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 1247. Indagam os autores: “ora, se para a formulação da compaixão laica é preciso, justamente, reconhecer a impermanência de todas as coisas e o sofrimento que se manifesta em toda a existência senciente, como o homem compassivo pode ser caracterizado enquanto ‘alguém que não pode tolerar qualquer tipo de dor’ – ou seja, um fraco e pusilânime?”.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 1248.

interpretada junto aos referenciais teóricos da bioética de proteção, reafirmando o movimento de valorização do indivíduo que padece e a importância das suas decisões e convicções durante todo o transcurso da relação médica. Quando se fala em eutanásia, a compaixão laica demanda a acolhida do paciente, com a garantia da sua autonomia e a preservação do seu interesse em obter uma morte pacífica e indolor.¹⁷⁰

Considerando o amparo à autonomia do indivíduo que deseja exercer seu direito à morte digna em um momento de fragilidade, os autores concluem que “a compaixão pode ser pensada como uma fundamental característica da bioética da proteção”.¹⁷¹ Assim, devem ser repensados todos os parâmetros da relação entre médico e paciente, para que se permita a correta valorização de cada uma das partes envolvidas no tratamento enquanto sujeitos dotados de autonomia e igualdade, inclusive com igual participação na tomada de decisões. O estudo das discussões aventadas pela eutanásia no campo médico propriamente delineado permite perceber que a sua aceção ainda reside em grande parte numa visão tradicional, derivada do julgamento de Hipócrates, e que diz caber ao médico apenas a busca da cura do paciente, nunca lhe sendo permitida qualquer conduta lesiva à sua integridade.

Tal conceito clássico deve, no entanto, ser relativizado em face das discussões contemporâneas acerca da participação do enfermo na tomada de decisões sobre seu próprio tratamento. Partindo da valorização do paciente enquanto sujeito digno e dotado de autonomia, deve-se pontuar a importância do diálogo e da compaixão como vetores primordiais à bioética médica realmente protetiva. Nesse contexto, busca-se afirmar que a opção pela morte não é, em casos de pacientes terminais, necessariamente um resultado negativo, ou indicativo do fracasso da medicina. Ao contrário, a atuação do profissional médico que viabiliza a morte indolor e oportuna do paciente deve ser vista como o êxito de uma concepção médica compassiva e, acima de tudo, pautada na valorização da dignidade e autonomia do sujeito que se encontra em situação terminal de saúde, marcada por elevada fragilidade e angústia.

¹⁷⁰ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. 2009. p. 1248.

¹⁷¹ Ibidem, loc. cit.

Conclui-se, assim, o segundo capítulo do presente trabalho, centrado nas discussões ínsitas à eutanásia tanto no campo jurídico quanto no campo médico. Buscou-se, inicialmente, traçar os principais conceitos e definições acerca das condutas relacionadas às práticas eutanásicas, para então se avançar às discussões jurídicas centradas na criminalização do suicídio assistido e do homicídio por piedade, bem como às discussões médicas e bioéticas daí emanadas. Desse modo, permite-se o avanço à parte final do trabalho, destinada à investigação de decisões acerca da aceitação da prática da eutanásia em diversos países, com substrato na metodologia comparativa em matéria constitucional, a fim de que se identifiquem bases comuns ao reconhecimento de um direito à morte respaldado na valorização da vida autônoma e digna de cada indivíduo.

4 A EUTANÁSIA NA PERSPECTIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Apresentadas as discussões filosóficas e religiosas, bem como jurídicas e médicas que permeiam o debate acerca da eutanásia, deve-se avançar ao estudo de decisões concretas adotadas em diferentes ordenamentos jurídicos diante do conflito entre a autonomia do paciente terminal e a proteção heterônoma da vida pelo Estado. Para tanto, far-se-á um breve apanhado acerca do método comparativo em matéria de direito constitucional, pontuando-se, inclusive, as escolhas metodológicas adotadas para a análise ora dispendida. Em seguida, serão elencados casos emblemáticos e legislações relevantes de diferentes países que permitem – pelo estudo detido de seu substrato argumentativo – evidenciar o peso atribuído aos valores constitucionais contrapostos e a solução dada aos dilemas da eutanásia.

4.1 UMA ABORDAGEM ACERCA DO MÉTODO COMPARATIVO NO ESTUDO DE TEMAS CONSTITUCIONAIS

O método comparativo é um artifício de elevada importância e aplicação no campo das ciências. Entretanto, a comparação para a ciência jurídica impõe dificuldades adicionais, pois que o direito é um produto institucional e decorrente da criação intelectual humana. Assim, não existem critérios objetivos e pré-concebidos

que permitam classificar e ordenar o direito, principalmente se considerados fatores culturais e sociais que distinguem as experiências jurídicas em diferentes países.¹⁷² Não se tratam de barreiras apenas objetivas, como a linguística, que dificultam a atividade comparativa. Acima de tudo, as diferenças subjetivas, provenientes das assimetrias culturais que condicionam a experiência jurídica, é que tornam complexa a pretensão de comparação entre sistemas legais.¹⁷³ Nesse cenário, a adoção do método comparativo como substrato para a análise jurídica demanda a necessária definição do escopo e dos objetivos a serem alcançados, para tornar evidente o exato conceito de comparação que se está abraçando. De forma similar, Catherine Valcke explica que, “antes de se lançar em qualquer tipo de comparação jurídica, [...] o jurista comparatista [...] deve primeiro desenvolver uma moldura metodológica que tornará possível sua empreitada”.¹⁷⁴

Mark Tushnet afirma existirem duas formas tradicionais de se fazer comparação no âmbito do direito, cujas dificuldades inerentes desembocam na emergência de um terceiro método. Os dois primeiros seriam denominados de ‘universalismo normativo’ e ‘funcionalismo’, enquanto o terceiro seria chamado de ‘contextualismo’.¹⁷⁵ Os dois primeiros partem da premissa de que é possível avaliar

¹⁷² VALCKE, Catherine. Reflections on Comparative Law Methodology: Getting Inside Contract Law. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (Ed.). **Practice and Theory in Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 22-48. p. 22. Explica a autora: “it is indeed possible, despite the common saying, to bring together apples and oranges, subsume them for an instant under the common category of ‘fruit’, and compare them in terms of weight, colour, shape, or sugar content without for that matter undermining their distinctiveness as apples and oranges. The act of comparing apples and oranges entails and confirms that apples and oranges can simultaneously be conceived as ‘fruit’ and as ‘apples/oranges’. But comparing law is not quite straight forward. Unlike apples and oranges, law is primarily an intellectual rather than physical thing. It is institutional, a deliberate creation of the human intellect, with the result that there is no obvious mechanical criterion such as ‘weight’, ‘shape’, or ‘sugar content’ with which to measure and compare it. What is more, it is not even clear what elements or dimensions of law should be used as the particular objects for comparison – what, in law, corresponds to the apple and the orange”.

¹⁷³ TUSHNET, Mark. Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law. In: CHOUDHRY, Sujit (Ed.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Cap. 3. p. 67-83. p. 67. Explica o autor: “comparative constitutional law involves doing law. And, as I have learned, it is quite difficult to be comfortable in doing law in more than one legal system. Even when language barriers do not intervene, legal cultures do”.

¹⁷⁴ VALCKE, Catherine. op. cit. p. 22. Tradução nossa: “before launching into any kind of legal comparison, [...] the comparative lawyer [...] must first develop the methodological framework that will make that enterprise possible”.

¹⁷⁵ TUSHNET, Mark. op. cit. p. 68. Pontua o autor: “without insisting that they are sharply different, I call the first two methods *normative universalism* and *functionalism*. [...]. I call the third method *contextualism*”.

o contexto constitucional de um dado país, confrontando-o com o dos demais países analisados, para que se afirme um valor ou prática universalizável. A diferença é que a comparação funcionalista se centra na prática constitucional e nos processos de aplicação das normas constitucionais, enquanto o universalismo normativo busca valores e princípios compartilhados entre os ordenamentos constitucionais confrontados. Por fim, o contextualismo busca alterar a lógica tradicional, para imprimir uma reflexão mais profunda acerca das particularidades de cada ordenamento quando da realização da comparação entre seus institutos. Assim, afirma-se que “[...] ideias constitucionais só podem ser entendidas no contexto institucional e doutrinário próprio em que estão colocadas”.¹⁷⁶

O presente trabalho deve se centrar nas discussões acerca do universalismo como método para a comparação em direito constitucional, na medida em que o objetivo da análise a ser aqui desenvolvida é a identificação de valores e princípios constitucionais compartilhados entre os ordenamentos estudados. Ademais, trata-se de um método que dialoga diretamente com a prática em direitos humanos, pois que o constitucionalismo está imbuído de valores fundamentais que envolvem diretamente a proteção de direitos básicos assegurados a todas as pessoas.¹⁷⁷ A comparação serve, sob essa vertente metodológica, para evidenciar como cada ordenamento tutela valores fundamentais de ordem universal, de modo a permitir o avanço na interpretação doméstica para que se alinhe a essa matriz superposta. Explica Tushnet:

Universalists study comparative constitutional law to identify how particular constitutions instantiate those universal principles. By comparing different versions, we can better understand the principles themselves. Then, we might be able to improve a domestic system's version of one or another principle by using that enhanced understanding to modify it.¹⁷⁸

A crítica tecida a essa forma de comparação reside em grande medida no nível de abstração que ela implica. A tentativa de pinçar valores e princípios universais usualmente ignora a complexidade inerente às discussões que envolvem

¹⁷⁶ TUSHNET, Mark. 2007. p. 68. Tradução nossa: “[...] constitutional ideas can only be understood in the full institutional and doctrinal context within which they are placed”.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 69. Explica o autor: “normative universalism emerges primarily from the dialogue between those who study comparative constitutional law and those who study international human rights. The idea is simple: constitutionalism itself entail – everywhere – some fundamental principles. Some of those principles involve human rights”.

¹⁷⁸ Ibidem, loc. cit.

a aplicação do direito constitucional em cada cultura jurídica.¹⁷⁹ A superação dessas barreiras é vista como necessária para o desenvolvimento de métodos comparativos que imprimam maior rigor científico e que, portanto, avancem no sentido de dar à comparação de institutos constitucionais maior sistematicidade e confiabilidade. Assim, o contextualismo emerge como caminho metodológico que parte dos contornos institucionais, sociais e culturais de cada país para reconhecer que os institutos jurídicos só podem ser corretamente avaliados se tomados no contexto próprio em que existem.¹⁸⁰

De maneira similar, Ran Hirschl pontua a existência de diferentes métodos para a comparação em matéria de direito constitucional. Dentre eles, o método universalista se assemelharia ao que o autor define como ‘autorreflexão e melhoramento por analogia, distinção e contraste’.¹⁸¹ Dessa forma, através da referência a práticas constitucionais de outros países, seria possível o desenvolvimento de valores e estruturas que enriqueceriam o discurso constitucional, guiando-o a uma posição mais cosmopolita e universalista.¹⁸² No entanto, essa posição acaba se sujeitando a críticas pela falta de rigidez científica com que usualmente aplicada. Afirma Hirschl:

While increasingly fashionable and certainly more ‘comparative’ than free-standing, single-country studies, the comparative reference approach is still lacking in the methodological coherence. All too often, it is pursued [...] through an eclectic, at times even scant and superficial, reference to foreign constitutional jurisprudence – typically rights jurisprudence.¹⁸³

Outro método que ainda se aproxima do universalismo normativo seria o que Hirschl denomina de ‘desenvolvimento conceitual pela descrição múltipla’. Trata-se de uma metodologia mais ligada ao contextualismo, mas que ainda pugna pela

¹⁷⁹ TUSHNET, Mark. 2007. p. 74.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 76. Pontua o autor: “contextualism, a third approach to comparative constitutional law, emphasizes the fact that constitutional law is deeply embedded in the institutional, doctrinal, social, and cultural contexts of each nation, and that we are likely to go wrong if we try to think about any specific doctrine or institution without appreciating the way it is tightly linked to all the contexts within which it exists”.

¹⁸¹ HIRSCHL, Ran. On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law. In: CHOUDHRY, Sujit (Ed.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Cap. 2. p. 39-66. p. 41. Diz o autor: “a second, and increasingly fashionable, enterprise within the field of comparative constitutional law is geared toward self-reflection or betterment through analogy, distinction, and contrast”.

¹⁸² Ibidem, p. 42.

¹⁸³ Ibidem, p. 43.

universalização de preceitos através da análise de problemas similares que emergem em diferentes ordenamentos jurídicos.¹⁸⁴ O propósito desse método é permitir a análise contextualizada de desafios que são impostos de maneira similar em diferentes países. Destarte, evidenciam-se possibilidades interpretativas e de solução que permitem elevar o nível de sofisticação do debate acerca de preceitos constitucionais sensíveis, ao mesmo passo em que se possibilita lançar nova luz a dispositivos constitucionais pretensamente sedimentados na cultura jurídica pátria.¹⁸⁵

De modo geral, o método universalista, tomado de maneira ampla em suas diferentes vertentes, permite que se examinem soluções e acomodações dadas por sistemas legais distintos aos princípios elencados como objeto de estudo. Com isso, viabiliza-se que atuem como vetor hermenêutico ao desenvolvimento do direito doméstico.¹⁸⁶ Por ser a eutanásia tão próxima aos valores constitucionais mais sensíveis, é inafastável a relevância do universalismo como ponto de partida para a análise comparativa que se pretende realizar. No entanto, devem-se incorporar elementos da crítica usualmente feita, para permitir que esse método se operacionalize de forma mais científica e com a importação de recursos próprios ao contextualismo. A esse respeito, afirma Tushnet:

Contextualism's challenge to the comparative enterprise, though serious, need not be fatal. The challenge does suggest that the study of the migration of constitutional ideas must be done with great caution – more caution, I think, that can be found in much of the literature on 'borrowing' constitutional ideas. Perhaps the true object of study should be the way in which those constitutional ideas that do migrate are transformed as they cross the border, or, alternatively, the way in which ideas that seem to have migrated have deeper indigenous roots that one might think, deeper even than the prevalence of citations to non-domestic sources would indicate.¹⁸⁷

¹⁸⁴ HIRSCHL, Ran. 2007. p. 43. Explica o autor: “by studying various manifestations of and solutions to roughly analogous constitutional challenges, our understanding of key concepts in constitutional law such as separation of powers, statutory interpretation, or equality rights, to pick a few common examples, becomes more sophisticated and analytically shaper. *Concept formation through multiple description* is the methodological approach this guise of comparative study often adheres to”.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 45.

¹⁸⁶ TUSHNET, Mark. 2007. p. 72. Explica o autor: “examining how a number of nations have worked out accommodations between those principles might be useful in developing the contours of any nation’s domestic law”.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 83.

Mesmo em face da atividade comparativa, a metodologia deve ser vista como um meio para se alcançar um fim. Dessa forma, o resultado da sua aplicação concreta somente será bem-sucedido se o caminho escolhido for efetivamente adequado ao fim que se almeja.¹⁸⁸ Nesse contexto, Valcke afirma que “[...] o valor e qualidade de qualquer metodologia só pode ser propriamente auferido à luz do precípua fim em jogo”.¹⁸⁹ Para os fins almejados no presente trabalho, entende-se que o estudo comparado de institutos constitucionais deve caminhar para a identificação dos princípios e valores que embasam as escolhas adotadas em diferentes ordenamentos jurídicos, permitindo-se, assim, a discussão do embate entre autonomia vital e proteção da vida de forma universal.

A comparação deve, no entanto, partir da análise de casos e legislações estrangeiras em seus próprios termos. Em um primeiro momento, o que se busca realizar é uma análise do direito estrangeiro despida de qualquer interferência ou correlação entre categorias provenientes de sistemas distintos. O escopo da investigação é identificar nos casos e na legislação de cada um dos países os próprios valores e concepções de justiça que lhe são fundamentais. De maneira similar, sustenta Valcke:

[...] I aim to look those systems for the sole purpose of understanding them – understanding their various elements, how these elements interact with one another, what particular form of reasoning is deployed in each system, what juridical values and conception(s) of justice animate the systems at a more fundamental level. Rather than study those systems in terms of their relative efficiency, or from the perspective of what they can contribute to domestic law, to international harmonization, or to particular theories about the nature of law, I seek to understand those systems *on their own terms*.¹⁹⁰

Assim, ainda que o produto final da atividade comparativa seja a universalização dos princípios e soluções identificados, a metodologia de investigação deve atentar aos elementos próprios de cada ordenamento e ao específico contexto em que se inserem. Ademais, deve-se atentar também para o método que Hirschl descreve como ‘construção teórica pela inferência casual’. Explica ele:

¹⁸⁸ VALCKE, Catherine. 2012. p. 23.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 25. Tradução nossa: “[...] the value and quality of any methodology can only be properly assessed in the light of the peculiar end at stake”.

¹⁹⁰ Ibidem, loc. cit.

The fourth type of comparative studies attempts to move beyond the level of thick description and concept formation toward the ultimate goal of social inquiry: *theory building through casual inference*. It is based on the notion requires clarifying concepts as well as offering casual explanations for observed phenomena.¹⁹¹

O que se propõe é a seleção de casos pautada numa metodologia rígida, bem como no controle sobre a comparação que se realiza. Assim, torna-se crítica a atividade de construção da moldura metodológica que se pretende adotar.¹⁹² Conforme explica Hirschl, a “aderência a simples princípios de seleção de casos pode elevar o campo do direito constitucional comparado para além do terceiro tipo de análise comparativa [...] até o próximo nível da inquirição comparada”.¹⁹³ Portanto, da mesma forma com que usualmente se adota em textos acadêmicos na área do estudo constitucional comparado, far-se-á a análise sistemática de um número pequeno de casos (método *small-N*).¹⁹⁴ Ademais, a comparação será pautada na lógica dos ‘casos mais diferentes’, que permite estudar experiências de distintos sistemas legais para tentar extrair semelhanças e diferenças nas interpretações dadas aos valores confrontados.¹⁹⁵

Em face das questões metodológicas acima expostas, o presente trabalho buscará a comparação através da adoção de um método delineado, que permite a contextualização das práticas constitucionais e a universalização de seus princípios básicos ao mesmo tempo em que se mantém um rigor científico nas conclusões alcançadas. Para tanto, propõe-se a investigação dos ordenamentos jurídicos dos Estado Unidos, da África do Sul, da Colômbia e da Holanda no que se refere à prática da eutanásia. Tratam-se de experiências constitucionais e jurídicas distintas, que devem ser entendidas em face de seus contextos próprios, mas que revelam

¹⁹¹ HIRSCHL, Ran. 2007. p. 46.

¹⁹² Ibidem, p. 47. Explica o autor: “it is precisely due to its traditional lack of attention to principles of controlled comparison and case selection that comparative constitutional law scholarship produced by legal academics, its tremendous development in recent years notwithstanding, often falls short of advancing knowledge in the manner sought after by most social scientists”.

¹⁹³ Ibidem, p. 48. Tradução nossa: “adherence to these simple principles of case selection may elevate the field of comparative constitutional law beyond the third type of comparative examination [...] to the next level of comparative inquiry”.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 47.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 51. Explica o autor: “according to the ‘most different cases’ approach to selecting comparable cases, researchers should compare cases that are different on all variables that are not central to the study but match in terms that are, thereby emphasizing the significance of consistency on the key independent variable in explaining the similar readings on the dependent variable”.

uma preocupação universal quanto ao conflito entre autonomia vital e a proteção heterônoma da vida. Por questões de organização, o estudo se dividirá em dois momentos, destinado o primeiro aos ordenamentos que aceitam apenas a eutanásia em sua modalidade passiva, e o segundo às experiências de legalização da eutanásia ativa.

Ademais, a preocupação com a contextualização das práticas constitucionais se traduzirá em quatro balizas interpretativas que deverão guiar o estudo dos sistemas legais apontados. Assim, se inquirirá, preliminarmente: (i) qual é o papel da religião na constituição do país?; (ii) qual é a dimensão da liberdade de credo segundo a sua constituição?; (iii) qual é a proteção da vida segundo seu ordenamento constitucional?; e, por fim, (iv) qual é a importância constitucional atribuída à liberdade e autonomia individual nesse ordenamento?. Tais critérios permitirão que a comparação ocorra de forma a preservar as diferenças e características ínsitas a cada sistema. Ademais, permitirão também que se atribua valor às conclusões tomadas para a construção teórica que se pretende. Portanto, uma vez traçado o panorama acerca do estudo comparado em matéria constitucional, bem como delineada a metodologia comparativa a ser adotada no presente trabalho, deve-se avançar à análise dos casos e legislações selecionados.

4.2 A POSIÇÃO DE PAÍSES QUE DESCRIMINALIZARAM APENAS A EUTANÁSIA PASSIVA

A discussão acerca da eutanásia envolve um conflito de valores acerca da autonomia do paciente terminal e da proteção heterônoma da vida pelo Estado. Em função das distintas configurações constitucionais, e das diferentes possibilidades interpretativas que esse conflito comporta, cada sistema legal acaba por fornecer uma solução particular ao problema. Ainda assim, é possível agrupar países em torno de duas posições. A primeira corresponde aos países que autorizam a eutanásia passiva, mas não a ativa, enquanto a segunda engloba os ordenamentos onde até mesmo a eutanásia ativa se encontra descriminalizada. A análise aqui operada se inicia com o estudo do ordenamento constitucional dos Estados Unidos e da África do Sul, que se alinham à primeira posição.

A Constituição dos Estados Unidos é vista como um exemplo de separação entre Estado e religião baseada na neutralidade.¹⁹⁶ Assim, tem-se a afirmação da laicidade estatal e respeito à liberdade de credo, que também é visto como a vedação à preferência da religião ante a não-religião.¹⁹⁷ Ademais, compreende-se que a vida e a liberdade estão protegidas pelo texto da Constituição, ainda que os dispositivos sejam sintéticos e que a proteção decorra da interpretação dada às garantias do devido processo legal que limitam a ingerência do estado sobre a integridade de seus cidadãos. A Suprema Corte estado-unidense já consolidou entendimento de que um paciente competente pode recusar um tratamento, ainda que considerado necessário à sua sobrevivência. Entretanto, afirmou que os pacientes terminais não ostentam um direito constitucional ao suicídio assistido por profissional da área médica.¹⁹⁸ Em grande parte, a postura da Corte pode ser explicada pela compreensão da autonomia dada aos estados da federação norte-americana para que regulem a matéria de forma autônoma, mesmo em face das implicações que a garantia de autodeterminação impõem.

No caso *Cruzan v. Director*, por exemplo, a Suprema Corte afirmou que as barreiras impostas pelo estado do Missouri à remoção da nutrição e hidratação de uma paciente, pela sua família, eram constitucionais. A lei exigia que se demonstrasse com evidência clara e convincente o desejo da paciente de não manter o suporte à vida. Entretanto, como ela se encontrava em estado de absoluta incapacidade, a família buscava a tomada da decisão em seu lugar. Afirmou-se, portanto, que não é dever do estado aceitar a decisão substitutiva da família sem prova adequada de que o paciente efetivamente compartilhava do pensamento.¹⁹⁹ O caso ostentou duas opiniões dissidentes. Na primeira, o *Justice* Brennan sustentou que Cruzan possuía um direito fundamental e protegido pela Constituição de não mais receber o tratamento, não havendo qualquer interesse do estado apto a

¹⁹⁶ HIRSCHL, Ran. 2011. p. 424. Explica o autor: “whereas religion has always been a core element of American society and culture, the First Amendment to the US Constitution provides that: ‘Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof’”.

¹⁹⁷ Ibidem, loc. cit. Diz o autor: “the ‘Establishment Clause’ prohibits the state from adopting, preferring or endorsing a religion as well as from preferring religion over non-religion”.

¹⁹⁸ SCOTT, Ronald L. 2001. p. 25.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 32. O autor explica que a conclusão foi: “Missouri may seek to safeguard an individual’s personal choice between life and death by imposing a heightened evidentiary standard”.

justificar uma mitigação. Já o *Justice Stevens* reconheceu um interesse abstrato e indiferenciado do estado do Missouri na preservação da vida, mas que não justificaria afastar o respeito ao melhor interesse da paciente, conforme decisão dos seus guardiões.²⁰⁰

Assim, em que pese a ampla proteção da autonomia individual que a Constituição estado-unidense parece contemplar – em especial diante da decisão tomada nos casos que abordaram a legalização do aborto e do casamento homoafetivo –, no que se refere à eutanásia, a Suprema Corte preferiu adotar uma postura não interventiva, deixando a cargo de cada estado a opção por adotar uma legislação mais ou menos restritiva ao direito de suspensão do tratamento indesejado. Ainda que se tenha reconhecido esse direito de interrupção ou suspensão do tratamento como um direito subjetivo, especialmente através da garantia ao testamento vital, permitiu-se que alguns estados imponham parâmetros extremamente restritivos à aceitação da vontade do paciente, sob o argumento de que a tutela da vida é valor mais importante e que justifica a adoção de máximos esforços para sua garantia.²⁰¹

Se a eutanásia passiva encontra aceitação jurisprudencial clara, situação bastante distinta reveste a discussão acerca de práticas de eutanásia ativa, como a assistência ao suicídio e o homicídio consentido. Em grande parte, a discussão se eleva em torno do conceito de direito à privacidade, cunhado pela Suprema Corte estado-unidense e usado em casos como o da união homoafetiva e aborto para sustentar a prevalência da autonomia individual em face das limitações que o Estado pretenda opor aos seus cidadãos. Esse direito à privacidade reconhecido em face das normas constitucionais garantidoras do devido processo legal aponta para um necessário respeito à autonomia como valor mais importante a informar o exercício dos demais direitos e garantias constitucionais. Por isso mesmo, também se convencionou chamá-lo de direito soberano e pessoal de autodeterminação.²⁰²

²⁰⁰ SCOTT, Ronald L. 2001. p. 32.

²⁰¹ Ibidem, loc. cit.

²⁰² Ibidem, p. 35. Explica o autor: “the U. S. Supreme Court has recognized a basic constitutional ‘right to privacy’, but the name of the right is perhaps misleading. The right is more suggestive of a domain within which an individual’s choice must be respected, i. e., a ‘sovereign personal right of self-determination’”.

No caso *Compassion in Dying v. State of Washington* a Corte Federal do 9º Circuito foi instada a se manifestar acerca da liberdade constitucionalmente protegida dos pacientes terminais, que lhes garantiria a possibilidade de antecipar uma morte que de outra sorte seria indigna e dolorosa. A Corte reconheceu, nesse aspecto, a existência de um interesse de liberdade na escolha do tempo e maneira da morte, ainda que não fale em um efetivo e absoluto direito à morte. Assim, a discussão deveria considerar, de um lado, os interesses de liberdade dos pacientes, e de outro, os relevantes interesses estatais. Afirmou-se que a decisão de declinar ou descontinuar tratamento exercida através de específica previsão estatal é apta a suplantar o eventual interesse na preservação da vida.²⁰³

Revertendo a decisão da Corte Federal, no caso *Washington v. Glucksberg*, a Suprema Corte norte-americana afirma que um direito à assistência ao suicídio enquanto interesse de liberdade não encontra proteção constitucional. Assim, a vedação imposta pelo Estado à prática da eutanásia ativa se pautaria em um legítimo interesse governamental.²⁰⁴ A decisão da Corte fundou-se em grande parte no histórico de rejeição ao exercício da assistência ao suicídio na tradição legal estado-unidense, e contemplou a interpretação segundo a qual a assistência ao suicídio é atitude incompatível ao propósito e função do profissional de medicina.²⁰⁵ Ao confrontar os argumentos de autonomia e autodeterminação individual, a decisão opta por enaltecer a posição da *American Medical Association* segundo a qual a função do profissional da medicina seria a da cura, e que tal função seria incompatível com atos de assistência deliberada ao suicídio do paciente.²⁰⁶

A Suprema Corte teve a oportunidade de apreciar outra decisão, dessa vez da Corte Federal do 2º Circuito, a respeito da autonomia de pacientes terminais. No caso *Vacco v. Quill*, aduziu-se questão relativa a uma norma editada no estado de

²⁰³ SCOTT, Ronald L. 2001. p. 36-39. Pontua o autor: “the court held that there is a constitutionally protected liberty interest in determining the ‘time and manner’ of one’s own death but that such interest must be weighted against the state’s legitimate and countervailing interests, especially those that relate to the preservation of human life”.

²⁰⁴ Ibidem, p. 39-42.

²⁰⁵ Ibidem, p. 40. O autor cita a decisão, que afirmou: “this asserted right [right to commit suicide] has no place in our Nation’s traditions, given the country’s consistent, almost universal, and continuing rejection of the right, even for terminally ill, mentally competent adults”.

²⁰⁶ Ibidem, p. 41. Explica o autor: “the Court adopted the position of the American Medical Association that ‘physician-assisted suicide is fundamentally incompatible with the physician’s role as healer’”.

Nova Iorque e que distinguia a recusa ao tratamento da prática de assistência ao suicídio. O argumento anteriormente assentado pela Corte Federal, e refutado pela Suprema Corte, dizia que a legislação estadual que permitia a eutanásia passiva, mas vedava a sua prática na modalidade ativa, violava a cláusula de igual proteção.²⁰⁷ Já o argumento utilizado para a reversão da decisão pautou-se na distinção entre as condutas sob o ponto de vista dos princípios de causa e intenção. Entendeu-se que a morte que decorre da suspensão de tratamento é causada por condições naturais do desenvolvimento da doença, enquanto no caso do suicídio assistido por profissional médico, a morte é intencional e imediatamente derivada do ato praticado, que tem o fim específico de pôr fim à vida do paciente.²⁰⁸ Pelas diferenças identificadas, seria legítima a atuação estatal que diferencia uma prática da outra, inclusive considerando a primeira legítima e proibindo a segunda. Explica Ronald Scott:

The Court distinguished refusal of life-sustaining treatment and assisted suicide on the legal principles of causation and intent. A patient refusing life-sustaining medical treatment dies from an underlying fatal condition while a patient ingesting lethal medication prescribed by a physician is killed by that medication. Further, a physician's intent in withdrawing perhaps futile treatment is merely to honor his patient's wishes, and a physician's aggressive prescribing is intended to ease pain, not cause death.²⁰⁹

Vê-se, portanto, que jurisprudência estado-unidense, em que pese afirmar a proteção do direito de autodeterminação como valor maior no trato das prerrogativas individuais movidas pelo cidadão contra o Estado, não permite a construção de um direito subjetivo à morte. No que se refere a pacientes terminais, reconhece-se tão somente o direito à terminação ou suspensão de tratamentos, nos estritos moldes que a legislação estadual imponha. Ao se invocar argumentos históricos e de ética médica para a suposta vedação à ação positiva e ativa de terminação da vida, as decisões revelam que a discussão da autodeterminação dos pacientes terminais é ainda condicionada por questões morais e religiosas sobrepujantes. Assim, acaba-se por autorizar que cada estado trate a eutanásia de modo mais ou menos restritivo, conforme a vontade política majoritariamente conservadora ou liberal, em detrimento da proteção e garantia ao direito de autodeterminação das minorias

²⁰⁷ Constituição dos Estados Unidos da América. Emenda XIV (1868).

²⁰⁸ SCOTT, Ronald L. 2001. p. 42-44.

²⁰⁹ Ibidem, p. 43.

outrora assentado. Ao mesmo tempo, a Suprema Corte americana, ao atribuir autonomia legislativa aos estados, chancela a possibilidade de que se edite lei autorizando o suicídio assistido por profissional médico.

O estado norte-americano do Oregon foi o primeiro a formular legislação própria a respeito do tema. Trata-se de diploma legal denominado *Death with Dignity Act*, produto de iniciativa popular que contou com a aprovação de 51% dos votantes em 1994, sendo reafirmada por 60% dos votantes em 1997. A lei dispõe que um paciente adulto e competente, residente no estado, que sofre de doença terminal atestada por seu médico e por outro médico consultado, e que tenha voluntariamente expressado desejo de morrer, pode requisitar por escrito medicação que lhe permita uma morte humana e dignificada.²¹⁰ Há previsão expressa no diploma afirmando que não se autoriza qualquer conduta de injeção letal, homicídio por piedade ou eutanásia ativa, mas apenas a assistência prestada pelo fornecimento da medicação adequada à prática do suicídio pelo próprio paciente.²¹¹

O estado de Washington, em 2008, aprovou legislação contendo previsão muito similar à do estado do Oregon, permitindo a requisição escrita de medicamento para suicídio. Em 2009, o estado de Montana, sem editar lei específica sobre o tema, teve a prática de requisição e fornecimento de medicação para pacientes terminais autorizada por decisão da Suprema Corte do estado, dada a inexistência de qualquer vedação legal à prática. No estado de Vermont há em vigor, desde 2013, lei que permite a requisição de medicamento para a prática do suicídio por paciente terminal, porém a lei inova ao dispor sobre a necessidade de o médico informar ao paciente, que se enquadre nas condições previstas, todas as opções disponíveis, incluindo a opção pela antecipação da morte. O estado da Califórnia aprovou, em 2016, legislação muito similar à do estado do Oregon, que foi imediatamente objeto de ações e até suspensão por alegada inconstitucionalidade, mas que permanece em vigor. Já o estado do Colorado aprovou também em 2016, em votação popular que atingiu a marca de 65% de votos favoráveis, legislação

²¹⁰ SCOTT, Ronald L. 2001. p. 44-47.

²¹¹ ESTADOS UNIDOS. Oregon's Death with Dignity Act. Ballot Measure 16, 1994. 127.880 s.3.14: "nothing in ORS 127.800 to 127.897 shall be construed to authorize a physician or any other person to end a patient's life by lethal injection, mercy killing or active euthanasia. Actions taken in accordance with ORS 127.800 to 127.897 shall not, for any purpose, constitute suicide, assisted suicide, mercy killing or homicide, under the law".

permitindo a requisição de medicamento para prática do suicídio. O Distrito de Columbia aprovou lei similar às demais, em vigor desde 2017. Por fim, o estado do Hawaii aprovou no ano de 2018 legislação autorizando a requisição de medicamento para a prática de suicídio, que entrará em vigor em janeiro de 2019.²¹²

As legislações adotadas permitem apenas a eutanásia ativa concebida enquanto assistência prestada pelo profissional da medicina ao paciente que deseja cometer suicídio. Assim, a conduta de ingestão do medicamento prescrito deve ser do próprio paciente, demandando capacidade para tanto. Trata-se de um produto de movimentos que prezam pela autonomia dos pacientes terminais na condução de seus tratamentos e, principalmente, na tomada de decisões relativas à vida e à morte na fase terminal de suas vidas. Ainda que não se admitam todas as formas de eutanásia ativa, dá-se um primeiro passo na direção da aceitação de práticas que culminam na morte deliberada e desejada do paciente. De modo geral, a discussão da eutanásia nos Estados Unidos é marcada fortemente pelo federalismo e pela ponderação do valor constitucional da autodeterminação individual em face da autonomia legislativa de cada um dos entes federados. Cada ente federado tem sua autonomia resguardada mesmo em face de uma discussão tão sensível como a proteção da autonomia vital de pacientes terminais. Assim, traçado esse panorama, pode-se avançar à análise da experiência sul-africana acerca da regulação e aceitação da eutanásia.

A África do Sul é tida como um país secular, e que, portanto, preza pela laicidade do Estado e por uma postura administrativamente neutra no que se refere à religião. A Constituição sul-africana contempla, em seu rol de direitos fundamentais, a vedação à discriminação com base na religião²¹³ e afirma expressamente a liberdade religiosa e de crença²¹⁴. Igualmente, há dispositivo que tutela a vida enquanto direito atribuído a todos, legitimando a atuação estatal que

²¹² DEATH WITH DIGNITY. Death with Dignity National Center. **Death with Dignity Acts**. Disponível em: <<https://www.deathwithdignity.org/learn/death-with-dignity-acts/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²¹³ Constituição da África do Sul. 1996. Capítulo 2, Seção 9: “3. The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth”.

²¹⁴ Ibidem, Capítulo 2, Seção 15: “1. Everyone has the right to freedom of conscience, religion, thought, belief and opinion”.

visse resguardar a integridade dos indivíduos.²¹⁵ Não obstante, há também proteção à autonomia e autodeterminação individual, que inclui a afirmação peremptória no texto constitucional acerca da existência de uma garantia de controle do cidadão sobre o seu próprio corpo.²¹⁶ Esse panorama fornece substrato suficiente às considerações que serão tecidas em face da tratativa dispensada à eutanásia pela jurisprudência sul-africana.

A Suprema Corte de Apelação da África do Sul se manifestou acerca da eutanásia quando da apreciação do recurso à decisão da Divisão de Gauteng do Supremo Tribunal da África do Sul no caso *Stransham-Ford v Minister of Justice and Correctional Services and Others*.²¹⁷ O pedido formulado requiritava a declaração judicial de que um paciente terminal, com estágio 4 de câncer, pudesse solicitar a um profissional da medicina que lhe terminasse a vida, ou que prescrevesse remédios que ingeridos pelo próprio paciente acarretariam em sua morte.²¹⁸ A decisão de instância inferior havia reconhecido a existência de um direito à obtenção de assistência médica pelo paciente terminal que deseja praticar o suicídio. No entanto, ressignificando os argumentos constitucionais utilizados pela decisão do Supremo Tribunal, a Suprema Corte de Apelação decidiu pela reversão da decisão e manutenção da vedação contida nas leis proibitivas à assistência ao suicídio e ao homicídio consentido.

A jurisdição penal sul-africana contempla a incriminação do homicídio, mesmo que culposos, cometido no contexto da prestação de assistência ao suicídio por profissional médico. Com base na interpretação constitucional das garantias e direitos assegurados no *Bill of Rights*²¹⁹, a decisão do juiz singular da Divisão de Gauteng do Supremo Tribunal afirmou que a imputação penal, em tal hipótese,

²¹⁵ Constituição da África do Sul. 1996. Capítulo 2, Seção 11: “Everyone has the right to life”.

²¹⁶ Ibidem, Capítulo 2, Seção 12: “2. Everyone has the right to bodily and psychological integrity, which includes the right: a. to make decisions concerning reproduction; b. to security in and control over their body; and c. not to be subjected to medical or scientific experiments without their informed consent”.

²¹⁷ ÁFRICA DO SUL. North Gauteng High Court. Judgment, **Case nº 27401/2015**. Applicant: Robert James Stransham-Ford. First Respondent: Minister of Justice and Correctional Services. 4 mai. 2015.

²¹⁸ Ibidem, pars. 2 e 3.

²¹⁹ *Bill of Rights*, no contexto constitucional sul-africano, diz respeito à seção 2 da Constituição de 1996, que contempla o rol dos direitos fundamentais e garantias individuais assegurados a todas as pessoas.

afronta injustificadamente os direitos individuais assentados na dignidade humana e na liberdade a integridade física e psicológica, especialmente no que se refere ao controle assegurado a toda pessoa sobre o seu próprio corpo.²²⁰ O juiz, ao confrontar a tese aventada pela defesa, observou que o argumento para sustentar a manutenção da proibição era o caráter absoluto e sacrossanto da vida. No entanto, a decisão enfatiza que o reconhecimento da vida enquanto direito tutelado pela Constituição não contempla a vedação à livre disposição do indivíduo em face da sua própria existência. *In verbis*:

I [...] am of the view that the absolute prohibition on assisted suicide in common law does not accord with the rights that the Applicant relies on. First Respondent's Counsel's main argument was that the right to life was paramount and that life was sacrosanct. I agree with this general submission and s. 11 of the Constitution provides for this. This provision safeguards a person's right vis-à-vis the State and society. It cannot mean that an individual is obliged to live, no matter what the quality of his life is.²²¹

Ademais, outro argumento fundamental à decisão de primeira instância foi a autorização que a legislação e a jurisprudência sul-africana dão à prática da eutanásia passiva. Segundo esse entendimento, haveria uma inerente contradição que serviria para lançar luz à insuficiência da tese aventada pela defesa. Afinal, não seria possível sustentar que um paciente terminal tem o direito de preservar sua dignidade pela suspensão de um tratamento, que demanda a ação positiva e destinada à provocação da sua morte, ainda que indiretamente, e ao mesmo tempo negar a dignidade humana em casos onde tal resultado só pode ser obtido pela injeção letal ou ministração de medicamentos para produção da morte. A diferenciação entre eutanásia ativa e passiva seria impossível, pois “[...] a intenção principal do profissional médico continua sendo a de assegurar ao paciente sua qualidade de vida e dignidade”, ademais, “o resultado secundário, nomeadamente a

²²⁰ ÁFRICA DO SUL. Case nº 27401/2015. par. 3 do dispositivo, que aduz: “the common law crimes of murder or culpable homicide in the context of assisted suicide by medical practitioners, insofar as they provide for an absolute prohibition, unjustifiably limit the Applicant's constitutional rights to human dignity, (S. 10) and freedom to bodily and psychological integrity (S. 12 (2) (b), read with S. 1 and 7), and to that extent are declared to be overbroad and in conflict with the said provisions of the Bill of Rights”.

²²¹ Ibidem, par. 24.

morte ou aceleração da sua produção, é exatamente o mesmo em ambas as instâncias”.²²²

A posição da Suprema Corte de Apelação quanto ao caso procura reformar a decisão de primeira instância. Ela o faz sob duas alegações. A primeira é processual, e diz respeito à morte do apelante antes da prolação da sentença original, o que afastaria sua eficácia.²²³ Ainda assim, entendeu-se pertinente enfrentar o mérito da decisão, dado o potencial para que viesse a condicionar interpretações futuras acerca do *common law* sul-africano. Corrigindo a posição anterior, a Corte afirmou a interpretação amplamente sedimentada de que a eutanásia ativa constitui o crime de homicídio. Ressaltou-se que a opção legislativa adotada foi unicamente a de proteger a escolha do paciente quanto à suspensão ou terminação do tratamento indesejado.²²⁴ No entanto, a decisão é menos enfática no que diz respeito ao suicídio assistido, entendido como a prescrição, por profissional, de medicação letal para a prática do suicídio. O que se faz é reconhecer que, em face dos desenvolvimentos e avanços da medicina e das considerações éticas que envolvem a morte, há campo para um debate mais aprofundado acerca da legalidade do suicídio assistido por médico.²²⁵ Aduz a decisão:

Assuming that a matter reached the stage where the court thought that a development of the common law was required in relation to PAS [physician assisted suicide], it would then have to decide whether that should take the form of a different view of causation, or of intention (*mens rea*), or of unlawfulness. The possibility of a special defence for medical practitioners or carers would arise and have to be explored. All of this is absent from the judgment in the court below and generally speaking from the arguments presented in this court. There is also a complete absence of evidence on these issues.²²⁶

De modo geral, a decisão em nenhum momento afirma que a interpretação dada em primeira instância é inadequada ou impossível. Diz-se apenas que a

²²² ÁFRICA DO SUL. Case nº 27401/2015. par. 21. Tradução nossa: “[...] the main intention for the medical practitioner remains to ensure the patient’s quality of life and dignity”; e “the secondary result, namely death or hastenint of death is exactly the same in both instances”.

²²³ ÁFRICA DO SUL. Supreme Court of Appeal. Judgment, **Caso nº 531/2015**. First appellant: The Minister of Justice and Correctional Services. Respondent: Estate Late Robert James Stransham-Ford. ZASCA 197, Pretoria. 16 dez. 2016. pars. 13-27.

²²⁴ Ibidem, par. 40.

²²⁵ Ibidem, par. 55. A decisão enfatiza: “a court confronted with a case of PAS [physician assisted suicide] would have to consider how principles [...] should be applied and adapted to the present day. The facts of the particular case of PAS would have to be considered”.

²²⁶ Ibidem, par. 56.

instrução probatória e a condução da ação não permitem afirmar a legitimidade da alteração na *common law* sul-africana operada pelo juiz singular. A Corte de Apelação joga luz aos dilemas e às complexidades inerentes ao debate da eutanásia ativa para afirmar que qualquer decisão nessa seara demandaria análise mais profunda e detida. Assim, sem que se viabilize espaço para esse debate, a decisão anterior acabou extirpada do mundo jurídico sob fundamentos processuais e de respeito ao *status quo* e à jurisprudência até então sedimentada. Ainda assim, a mensagem claramente deixada foi a de que, se não se pode afirmar a autorização do suicídio assistido por profissional médico, também não se pode afirmar que a vida é um valor absoluto e que não existe campo para a construção, ainda que pela via preferencialmente legislativa, de um direito à morte.

Os casos analisados à luz da jurisdição estado-unidense e sul-africana permitem afirmar uma opção prevalente nas cortes espacialmente espalhadas de evitar a afirmação da morte enquanto um direito subjetivo do paciente. Especialmente em face da legislação penal, recusa-se qualquer interpretação que afastaria a incidência de determinados tipos penais e eximiria de pena o profissional que atende aos suplícios do paciente terminal. Em ambos os casos, recorre-se a argumentos de autonomia legislativa para assentar a afirmação de que o Estado possui um interesse legítimo em tutelar questões atinentes à vida das pessoas sob sua jurisdição. Entretanto, ao mesmo tempo em que a Suprema Corte estado-unidense e a Suprema Corte de Apelação sul-africana preferem não garantir o direito à eutanásia ativa à luz de preceitos constitucionais protetivos da dignidade e autonomia, elas não vedam a adoção de tal interpretação por via legislativa. O que se afirma, é que tal debate deve ser entendido, antes, como uma efetiva escolha do corpo político.

No entanto, as decisões nesse sentido acabam por ignorar as consequências dessa posição restritiva no que se refere à autorização dada ao Estado para subjugar liberdades constitucionalmente asseguradas aos indivíduos. Cada um dos ordenamentos – na África do Sul de forma expressa, enquanto nos Estados-Unidos de forma inferida – protegem a autodeterminação e a livre disposição do indivíduo sobre sua vida, especialmente em face de temas morais sensíveis. A exemplo, ambos os ordenamentos contemplam autorização à prática do aborto, bem como autorizam o casamento entre pessoas do mesmo sexo e protegem as relações homoafetivas. Portanto, no caso da eutanásia, ignoram-se as

provisões garantidoras do direito de autodeterminação, decorrentes diretamente da liberdade de credo e opinião, para que as Cortes possam se eximir de adentrar ao debate moral mais polêmico. A esse respeito, as decisões pouco se ocupam das discussões morais e religiosas que informam a legislação concernente ao tema, preferindo simplesmente cancelar a imposição da sacralidade da vida pela via da legislação penal. Exposto esse cenário, deve-se passar à análise de ordenamentos que avançaram à descriminalização da eutanásia ativa, para que se possam evidenciar os caminhos interpretativos que permitiram tal desdobramento.

4.3 A POSIÇÃO DE PAÍSES EM QUE TAMBÉM A EUTANÁSIA ATIVA FOI AUTORIZADA

Propõe-se a análise dos sistemas jurídicos de dois países onde a eutanásia ativa foi descriminalizada. Primeiramente, os Países Baixos, onde foi editada a primeira lei autorizando a conduta comissiva do médico no sentido de promover a morte do paciente que assim lhe peticiona. Trata-se, portanto, de um movimento que partiu do próprio corpo político, através da representação popular, e que se deu em função de experiências e pesquisas conduzidas no seio do corpo médico local. Entretanto, alguns países encontram resistência imposta pelos representantes da maioria populacional, que se recusam a aprovar regulações tendentes à proteção da liberdade de minorias. Nesse contexto, cortes constitucionais podem atuar de forma contramajoritária, permitindo a interpretação das garantias constitucionais de forma a assegurar a liberdade de todos, sem exceção. É nesse contexto que se estudará, também, a decisão da Corte Constitucional colombiana, ao afirmar que a morte com dignidade pode ser entendida como um direito subjetivo e que o profissional da medicina que pratica eutanásia ativa a pedido do paciente não deve ser punido.

Os Países Baixos foram o primeiro Estado a aprovar legislação permitindo a prática da eutanásia. De modo geral, o ordenamento neerlandês é compreendido como laico e protetor da liberdade de religião.²²⁷ A sua constituição contém norma expressa relativa à garantia de não discriminação com base na religião, já em seu

²²⁷ Constituição do Reino dos Países Baixos. Capítulo 1, Artigo 1: “all persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race or sex or on any other grounds whatsoever shall not be permitted”.

artigo inaugural. Ademais, garante-se também a liberdade de professar qualquer religião ou crença, buscando-se a neutralidade religiosa do ponto de vista institucional.²²⁸ Quanto à liberdade, a Constituição neerlandesa trata da sua garantia de forma breve, e apenas assegurando-a quando não exista lei editada de forma a limitá-la.²²⁹ Quanto à vida, sequer é protegida enquanto tal, falando-se apenas em um direito de inviolabilidade da pessoa quando não haja ato parlamentar autorizando-a.²³⁰ Vê-se, portanto, que o sistema constitucional dos Países Baixos dá primazia ao legislativo para condução das políticas públicas e sociais. Nesse contexto, sequer há uma corte constitucional, pois que a previsão do artigo 120 da Constituição veda expressamente a revisão judicial dos atos do parlamento.²³¹ Não obstante, ao contrário do movimento geral de avanços pela via judicial, a eutanásia foi objeto de descriminalização nos Países Baixos pela via legislativa.

Se entende por eutanásia, no ordenamento neerlandês, a ação de terminação da vida praticada por um médico após petição do paciente e depois de um processo extensivo e delicado de avaliação desse pedido.²³² O início do processo de legalização foi desencadeado em 1996 pela instalação de uma investigação independente voltada à atuação médica de terminação da vida no período de 1990 a 1995.²³³ O produto dessa investigação levou à alteração legislativa de dois artigos do código penal e à edição de uma nova legislação sobre requisitos de cuidado e terminação da vida. O artigo 293 do código penal dos Países Baixos prevê pena de prisão a quem pratique homicídio, mesmo que com o

²²⁸ Constituição do Reino dos Países Baixos. Capítulo 1, Artigo 6: “1. Everyone shall have the right to profess freely his religion or belief, either individually or in community with others, without prejudice to his responsibility under the law”.

²²⁹ Ibidem, Capítulo 1, Artigo 15: “1. Other than in the cases laid down by or pursuant to Act of Parliament, no one may be deprived of his liberty”.

²³⁰ Ibidem, Capítulo 1, Artigo 11: “everyone shall have the right to inviolability of his person, without prejudice to restrictions laid down by or pursuant to Act of Parliament”.

²³¹ Ibidem, Capítulo 6, Artigo 120: “the constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts”.

²³² DORNEWAARD, Joanne. La Política de Eutanasia en los Países Bajos. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p.51-69. p. 51.

²³³ Ibidem, p. 52. Ademais, explica a autora: “de la mencionada investigación se desprende que la práctica en torno al final de la vida no se mueve en un terreno resbaladizo, sino que la franqueza y la transparencia existentes en torno a este tema han llevado a una manera de actuar cada vez más cuidadosa y concienzuda”.

consentimento expreso da vítima. Assim, pela reforma, lhe foi adicionado uma nova hipótese de excludente, que afirma não ser punível a conduta de homicídio consentido quando praticada por profissional médico nos moldes da legislação pertinente.²³⁴ A mesma excludente foi adicionada ao tipo penal do artigo 294, que estabelece pena de prisão a quem presta auxílio a outrem para que se suicide.²³⁵

Desse modo, é possível compreender que o ordenamento neerlandês ainda prevê punição para as condutas de assistência ao suicídio e homicídio consentido. Porém, afasta-se a possibilidade de imputação criminal apenas nos casos excepcionais e regidos por legislação específica em que um paciente que sofra com enfermidade terminal requer de profissional da medicina a ajuda para findar sua vida.²³⁶ Central para a prática da eutanásia ativa, nos moldes em que permitida pelo ordenamento neerlandês após as alterações legislativas, é a petição do paciente. Passa a ser obrigação do médico auferir a voluntariedade e pertinência do pedido, cabendo-lhe o dever de consultar um médico independente, que avaliará objetivamente os requisitos legais para concessão do pedido. Explica Joanne Dornewaard:

Hay que subrayar dos cosas. Primero, la legislación se centra en la petición del paciente. No basta la petición en sí. El médico tiene obligación de determinar que no sólo existe la petición, sino también que la petición es: *a)* voluntaria, y *b)* bien meditada. Además quiero subrayar la importancia de la consulta con otro médico. Antes de que el médico acceda a atender una petición de eutanasia, debe consultar con un médico independiente que no está involucrado en el tratamiento del paciente. Este médico independiente investiga la evolución del proceso patológico, la voluntariedad de la petición y la seria meditación de la petición. Después se requiere de la evaluación asesora, por escrito, de un colega.²³⁷

²³⁴ DORNEWAARD, Joanne. 2001. p. 52. Diz o artigo 293 do Código Penal neerlandês: “1. El que quitar la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta. 2. El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2o. de la Ley sobre Comprobación de la Terminación de la Vida a Petición Propia y de Auxilio al Suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme el artículo 7o., párrafo segundo de la Ley Reguladora de los Funerales”.

²³⁵ Ibidem, p. 53. Diz o artigo 294 do Código Penal neerlandês: “el que de forma intencionada prestare auxilio a otro para que se suicide o le facilitar los medios necesarios para ese fin, será, en caso de que se produzca el suicidio, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta. Se aplicará por analogía el artículo 293, párrafo segundo.

²³⁶ Ibidem, loc. cit.

²³⁷ Ibidem, p. 54.

A petição representa entrave burocrático, sendo que cerca de dois terços delas são denegadas, muitas por já terem morrido os pacientes antes da concessão. Ainda assim, a possibilidade de discussão e eventual petição pode promover tranquilidade ao paciente, que acaba por terminar sua vida de modo natural, sem recorrer a esse método. Ademais, a legislação dos Países Baixos requer a notificação dos casos de morte por eutanásia à autoridade municipal e à comissão regional de comprovação da eutanásia.²³⁸ É incumbência da comissão avaliar a conduta do profissional médico e a publicação de informes anuais, destinados a promover o controle e conscientização acerca da prática de terminação da vida por petição própria, tanto para a população em geral como para os profissionais envolvidos.²³⁹ Por fim, cumpre ainda ressaltar um aspecto da legislação neerlandesa, relativa aos casos de enfermos incapazes de peticionar. Nessas hipóteses, não se prevê possibilidade de petição pela família do paciente, daí porque não há admissão da eutanásia involuntária.²⁴⁰

A legislação dos Países Baixos representa avanço significativo no campo da tutela do direito à morte com dignidade. O parlamento neerlandês parte da constatação empírica de que já se praticava a eutanásia, de maneira desregulada e às margens do ordenamento jurídico, concluindo que a estipulação de critérios para sua conduta permitiria o exercício de maior controle por parte do Estado. Ao mesmo passo, com a descriminalização, permitiu-se a institucionalização da discussão sobre a vida e a morte do paciente terminal. Com isso, proporcionou-se a tranquilidade e o conforto tanto ao paciente, que passa a conhecer todas suas possibilidades terapêuticas, como ao médico, que deixa de temer represálias pela sua conduta. Uma vez apresentada a solução adotada pelo ordenamento jurídico neerlandês, que inclusive inspira legislações posteriores editadas na Bélgica e em

²³⁸ DORNEWAARD, Joanne. 2001. p. 54-55.

²³⁹ Ibidem, p. 55. Explica a autora: “hay cinco comisiones regionales que publican informes anuales en los cuales todos los casos están descritos y en que se explica de manera abierta cómo están examinados los casos concretos, pero anónimos, con requisitos de cuidad y esmero profesional. Por medio de estas publicaciones, las comisiones contribuirán a establecer el control y la conciencia social acerca de la terminación de la vida a petición propia”.

²⁴⁰ Ibidem, p. 56. Pontua a autora: “como ya mencionamos antes, se da prioridad a la voluntariedad del paciente en esta discusión. Si un paciente está en coma, o tan enfermo que no puede expresar su voluntad, el doctor no puede acceder a una posible petición de la familia. La ley no lo permite”.

Luxemburgo, pode-se avançar à análise do caso colombiano, onde a descriminalização ocorreu por força de decisão judicial.

Preliminarmente, cumpre apontar as características do ordenamento constitucional colombiano no que concerne à proteção da vida, da liberdade religiosa e à autonomia do indivíduo sobre si mesmo. Nesse contexto, a Constituição da Colômbia garante com preeminência a diversidade cultural e étnica que dá forma ao corpo político de sua nação. Ademais de uma simples laicidade como garantia da escolha individual por uma religião, o ordenamento colombiano protege a multiculturalidade que é inerente à complexidade de povos que lhe dão substrato.²⁴¹ Quanto aos direitos fundamentais, o capítulo inicia-se com a afirmação de que o direito à vida é inviolável.²⁴² Ademais, afirma-se a liberdade de cultos, no plural.²⁴³ No entanto, especial destaque deve ser dado à afirmação expressa no texto constitucional de que ninguém será obrigado a atuar contra a sua consciência.²⁴⁴ Portanto, a liberdade e autonomia são entendidas como valores basilares ao sistema constitucional colombiano, transparecendo em dispositivos garantidores da autodeterminação na condução da vida e na garantia de respeito às escolhas individuais.

A Corte Constitucional colombiana teve oportunidade de se manifestar acerca da eutanásia quando do julgamento da sentença de constitucionalidade nº 239 de 1997. A ação tinha como objeto a declaração de inconstitucionalidade do artigo que tipificava como delito o homicídio por piedade.²⁴⁵ A decisão da Corte acabou por manter a constitucionalidade do tipo penal, mas adicionou-lhe uma causa especial de justificação. O dispositivo legal questionado previa pena de prisão

²⁴¹ Constituição Política da Colômbia. 1991. Título I, Artigo 7: “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

²⁴² Ibidem, Título II, Capítulo 1, Artigo 11: “el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

²⁴³ Ibidem, Título II, Capítulo 1, Artigo 19: “se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”.

²⁴⁴ Ibidem, Título II, Capítulo 1, Artigo 18: “se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”.

²⁴⁵ VILLEGAS, Germán Lozano. La Eutanasia Activa en Colombia: Algunas Reflexiones sobre la Jurisprudencia Constitucional. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p.71-85. p. 71-72.

a quem matasse outrem por piedade, entendida como aquela morte destinada a findar sofrimento intenso derivado de lesão ou doença grave.²⁴⁶ Ao incluir a causa especial de justificação a Corte Constitucional colombiana cancelou a possibilidade de escolha da eutanásia ativa pelo paciente terminal, pois afastou a imputação penal nos casos em que o médico acolha tal pedido. Segundo a interpretação dada, declarou-se constitucional o homicídio por piedade se praticado com o consentimento do sujeito passivo e por profissional da medicina.²⁴⁷

Deve-se pontuar que a ação intentada perante a Corte Constitucional sustentava argumento distinto. O objetivo da declaração de inconstitucionalidade do artigo 326 do Código Penal colombiano pautava-se na ideia de que a vida é valor absoluto ao ordenamento jurídico, e que haveria uma violação ao direito de igualdade ao se estabelecerem penas distintas para o crime de homicídio em sentido estrito e para o crime de homicídio por piedade.²⁴⁸ Primeiramente, a Corte rechaçou o argumento de violação à igualdade, pois amplamente admitida no ordenamento colombiano a existência de características especiais que justificam a minoração da pena, mesmo para casos de homicídio. Ademais, pontuou-se que o ordenamento constitucional colombiano tutela um direito penal de caráter subjetivo e pautado no conceito de culpabilidade, daí porque justificada a distinção entre as penas nos diferentes casos.²⁴⁹

Assentada a constitucionalidade do artigo 326 do Código Penal, a Corte ampliou *ex officio* o debate para incluir a discussão acerca da permissão da eutanásia ativa voluntária. Dessa maneira, a corte reconheceu que a vida se encontra afirmada constitucionalmente enquanto valor, princípio e direito fundamental.²⁵⁰ Assim, a obrigação do Estado de proteção à vida é permeada pelo

²⁴⁶ VILLEGAS, Germán Lozano. 2001. p. 74. Diz o artigo 326 do Código Penal colombiano: “el que matare a otro por piedad, para poner fin a sus intensos sufrimientos provenientes de la lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”.

²⁴⁷ Ibidem, p. 73. Explica o autor: “en síntesis, la decisión de la Corte Constitucional declaró exequible (constitucional) el homicidio por piedad, pero creó una excepción, la cual consiste en que si concurren dos condiciones: a) consentimiento del sujeto pasivo, y b) presencia de un profesional en medicina que propicie la muerte al paciente, no podrá deducirse responsabilidad penal a este último; es decir, se creó una causal de justificación especial para el delito citado”.

²⁴⁸ Ibidem, p. 74-75.

²⁴⁹ Ibidem, p. 75.

²⁵⁰ Ibidem, p. 76. Aduz o autor: “en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra prevista la vida como un valor, un principio y derecho fundamental y es el pilar para el ejercicio de los demás derechos”.

respeito à dignidade humana e à autonomia pessoal. Ademais, a Corte Constitucional conclui expressamente que a proteção constitucional do direito fundamental à vida digna implica na decorrência lógica de uma igual proteção ao direito à morte com dignidade.²⁵¹ Entretanto ponderou-se que a manutenção da vida não assume contornos absolutos e impositivos. Diz a sentença:

En síntesis, desde una perspectiva pluralista no puede afirmarse el deber absoluto de vivir, pues, como lo ha dicho Radbruch, bajo una Constitución que opta por ese tipo de filosofía, las relaciones entre derecho y moral no se plantean a la altura de los deberes sino de los derechos. En otras palabras: quien vive como obligatoria una conducta, en función de sus creencias religiosas o morales, no puede pretender que ella se haga coercitivamente exigible a todos; sólo que a él se le permita vivir su vida moral plena y actuar en función de ella sin interferencias.²⁵²

Afirmada a possibilidade de ingerência do indivíduo sobre sua própria vida, o consentimento, então, passa a ser o ponto central para a interpretação e distinção entre o tipo penal de homicídio por piedade e a prática da eutanásia ativa. Tal consentimento deve ser livre, inequívoco, prestado por pessoa capaz e dirigido exclusivamente a profissional da medicina.²⁵³ A decisão da Corte Constitucional, mesmo reafirmando a constitucionalidade do artigo 326 do Código Penal, afirma que a conduta do médico que põe fim à vida de paciente, atendendo seu pedido expresso, não é penalmente imputável, por ser conduta justificada. Está-se diante de decisão denominada manipulativa ou integradora do ordenamento jurídico, que imprime novo significado ao dispositivo legal, diferente do originalmente legislado.²⁵⁴ Não se diz que o direito à vida tenha perdido sua importância dentro do ordenamento constitucional colombiano, mas que diante de uma ponderação concreta entre os princípios envolvidos, extraem-se limites ao exercício desses direitos fundamentais, que não podem ser vistos como deveres absolutos. Explica Germán Villegas:

²⁵¹ VILLEGAS, Germán Lozano. 2001. p. 78.

²⁵² COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia nº C-239/97. Demandante: José Eurípides Parra. Demanda de Inconstitucionalidad. **Expediente D-1490**. Bogotá, DC. Tópico C(1).

²⁵³ VILLEGAS, Germán Lozano. op. cit. p. 79-80.

²⁵⁴ Ibidem, p. 81. Explica o autor: “como pode inferirse de la decisión adoptada, es claro que la tipología de la sentencia corresponde a las denominadas decisiones manipulativas o, en derecho colombiano, también llamadas integradoras del ordenamiento jurídico, en el sentido de que el fallo le imprime un significado propio al precepto legal diferente del inicialmente planteado por el legislador”.

De tal manera, encuentro coherente el planteamiento del juez constitucional en articular los conceptos: derecho a una vida digna y libre desarrollo de la personalidad. De la tesis expuesta en la sentencia no se infiere que el derecho a la vida pierda sus características esenciales; se trata de una ponderación concreta y particular de principios que crea límites, máxime si se tiene en cuenta que nos referimos a derechos fundamentales más no a deberes absolutos, estos últimos propios de los sistemas autoritarios.²⁵⁵

A Corte Constitucional da Colômbia proferiu outra relevante decisão quanto à possibilidade de eutanásia na Sentença de nº T-970/14. O caso originou-se de uma demanda individual, formulada para que uma instituição médica restasse compelida a realizar procedimento para permitir a morte desejada pela paciente. O argumento aventado foi a tutela de um direito constitucional à morte digna, já assentado na decisão da Corte em 1997. A parte autora, que sofria de câncer com metástase em fase terminal, já sem opções de tratamento, procurou as instâncias jurisdicionais devido à negativa do seu médico em proceder à eutanásia.²⁵⁶

Há, assim, a reafirmação da decisão adotada na sentença nº C-239/97. Enfatizou-se novamente que o dever constitucional do Estado de proteção à vida deve ser compatível com outros direitos assegurados no texto constitucional, em especial, a dignidade humana e a autonomia individual. Portanto, falar em um direito fundamental a viver de forma digna deveria implicar, necessariamente, em se afirmar o direito a morrer dignamente. Pois de outra forma, condenar uma pessoa a prolongar por um tempo escasso sua existência, quando isso implica nela padecer de profundas aflições, equivaleria não somente a um tratamento cruel e desumano, mas a uma anulação de sua dignidade e autonomia.²⁵⁷ Em sua conclusão, a sentença afirma que a posição da Corte é a de que o direito à morte digna, ademais de reconhecível como tal à luz do ordenamento constitucional colombiano, se revela como um direito fundamental complexo e autônomo, que goza de todas as características e atributos das demais garantias constitucionais dessa categoria. Aduz a sentença:

²⁵⁵ VILLEGAS, Germán Lozano. 2001. p. 83.

²⁵⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia nº T-970/14. Apelante: Julia. Apelada: Coomeva E.P.S. **Expediente T-4.067.849**. Bogotá, DC.

²⁵⁷ COLÔMBIA. Sentencia nº C-237/97. Diz ela: “el derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de autonomía como sujeto moral”.

Así las cosas, el derecho a morir dignamente es un derecho autónomo, independiente pero relacionado con la vida y otros derechos. No es posible considerar la muerte digna como un componente del derecho a la autonomía, así como tampoco es dable entenderlo como una parte del derecho a la vida. Sencillamente, se trata de un derecho fundamental complejo y autónomo que goza de todas las características y atributos de las demás garantías constitucionales de esa categoría. Es un derecho complejo pues depende de circunstancias muy particulares para constatarlo y autónomo en tanto su vulneración no es una medida de otros derechos. En todo caso, es claro que existe una relación estrecha con la dignidad, la autonomía y la vida, entre otros.²⁵⁸

Na primeira instância, o pedido havia sido negado, por não haver lei expressa autorizando a eutanásia e por se entender que a vida é um princípio inviolável na ordem constitucional colombiana. A Corte Constitucional colombiana, porém, identificou uma lacuna legislativa inadmissível, razão pela qual adotou medidas para autorização do procedimento e provocação de uma resposta legislativa. Reconheceu, assim, como desdobramento natural do princípio da dignidade humana, a possibilidade de o sujeito findar sua vida quando a considere penosa. Nesse contexto, a análise da solução apresentada pelo ordenamento constitucional da Colômbia revela a possibilidade de ressignificação do direito à vida em face da valorização da dignidade interpretada enquanto autonomia individual.

Em ambos os sistemas constitucionais investigados, existe a proteção da vida e da integridade física individual. Assim, todos admitem tipos penais incriminadores do homicídio, mesmo por piedade, e do auxílio ao suicídio. No entanto, o que se passou a afirmar é a existência de uma causa de justificação – que nos Países Baixos foi inserida por lei no código penal e na Colômbia foi afirmada por interpretação dada aos dispositivos do código pela corte constitucional – que afasta a imputação tão somente nos casos em que tais condutas são praticadas por profissional médico a pedido de paciente que se encontra em estado terminal. Trata-se do produto da ressignificação do direito à vida, interpretado em um estado laico, com a primazia da proteção da autodeterminação individual. Assim, afirma-se um entendimento geral de que a ação de livre disposição do indivíduo sobre a sua vida, pautada em convicções e credos próprios, não pode ser coibida pelo Estado sob uma pretensão genérica de que a vida há de ser sempre absoluta e sagrada para qualquer um.

²⁵⁸ COLÔMBIA. Sentencia nº T-970/14. Parágrafo 5.3.

Tecidas essas considerações, encerra-se a empreitada comparativa ora intentada. A metodologia empregada consistiu, principalmente, na análise descritiva dos sistemas investigados, a fim de se evidenciar as soluções dadas ao conflito principiológico e valorativo decorrente das demandas que emergem em torno das práticas eutanásicas. Ademais, pontuaram-se as características de cada ordenamento em relação à tutela da vida, religião e liberdade, como ponto de partida e guia hermenêutico para a construção das conclusões tecidas. Trata-se de passo necessário para que a análise inicial assuma contornos efetivamente científicos. Com isso, permite-se o confronto das soluções dadas, mesmo em face das particularidades inerentes a cada ordenamento, para que se infiram conclusões universalizáveis a respeito das possíveis posições adotadas e da primazia dada a determinados valores de matriz compartilhada. Destarte, deve-se colher o produto das discussões aventadas ao longo do trabalho, em cada um dos capítulos, para que se possibilite traçar conclusões acerca do desenvolvimento de um direito à morte com dignidade, vista como corolário da afirmação de um viver digno.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão aventada no primeiro capítulo desse trabalho se centrou nas questões propedêuticas pertinentes às ponderações morais e filosóficas acerca dos valores básicos que condicionam o debate sobre a eutanásia. Assim, permitiu-se confrontar visões distintas da dignidade humana pautada na autonomia ou na heteronomia. Entretanto, destacou-se que os argumentos mais sensíveis levantados contra a prática de terminação voluntária da vida por pacientes terminais residem no campo estritamente moral ou religioso. Assim, demandou-se uma ponderação mais detida acerca da interpretação dada à vida e à morte em nosso ordenamento, especialmente em face da afirmação de que a morte pode ser entendida enquanto um direito subjetivo do indivíduo. Dessa forma, a eutanásia dialoga com convicções íntimas que cada pessoa desenvolve a respeito da adequação da prática diante da interpretação dada por ela própria a valores morais ou religiosos.

O que aqui se sustenta não é um dever geral de que todos aceitem a prática da eutanásia como boa ou moralmente correta. A liberdade de credo e opinião contemplada na Constituição Federal brasileira impõe que cada um seja livre para pensar e construir sua opinião, quer seja ela pautada em valores religiosos, morais ou até mesmo na primazia da autonomia do indivíduo sobre a sua vida. Assim, o que se afirma é que não existem argumentos para que o Estado imponha heteronomamente um dever de viver a todas as pessoas. Do contrário, conceber-se-ia uma autorização para que ele endosse determinada visão moral ou religiosa majoritária acerca do valor sacro da vida, a despeito da visão diversa que uma minoria poderia legitimamente ostentar.

A autorização ou o respeito à escolha do próprio paciente acerca da terminação da sua vida não representa, a contrário do que a discussão trivial parece sugerir, um incentivo ou programa institucional de imposição da morte às pessoas. Tal assertiva sequer se alinharia à tese central discutida no primeiro capítulo, que é a interpretação da dignidade humana como autonomia individual, inclusive contemplando a autonomia do indivíduo sobre a sua própria vida e o respeito à sua liberdade de crença. Entende-se que em um Estado Social e Democrático de Direito, a escolha do paciente terminal sobre a antecipação da sua morte, a fim de preservar sua dignidade restante, deve ficar restrita ao exercício da sua autodeterminação. Qualquer discussão de valores morais que atribuam à ação carga axiológica positiva

ou negativa é válido, desde que restrito ao campo das relações intersubjetivas. Cabe à religião, à família, à comunidade, mas não ao Estado, através do seu aparato penal, defender e confrontar pontos de vista acerca da prática da eutanásia. Ademais, cabe ao próprio paciente convencer-se e optar, livremente, pelo tratamento, não-tratamento ou, até mesmo, pela terminação direta da sua vida. Destarte, não parece legítima a conversão de uma posição específica em regra universal de conduta, pois se assim fosse, estar-se-ia aniquilando a liberdade de convicção do próprio indivíduo e sua possibilidade de tomada de decisão autônoma.

O segundo capítulo ocupou-se da análise dogmática, centrada nas definições conceituais acerca do que é a eutanásia. Ademais, tratou-se da posição jurídica acerca da sua prática, contemplando tanto as hipóteses de incriminação, como argumentos para a incidência de causas de justificação que afastariam a imputação penal. Do ponto de vista jurídico, ainda que se reconheça a vedação das condutas eutanásicas ativas pela legislação penal vigente, propõe-se a discussão e construção teórica acerca de hipóteses exculpantes pautadas no reconhecimento da primazia da autonomia individual nas escolhas de fim de vida. Por fim, no campo estritamente médico, abordou-se questões ínsitas à bioética, com especial destaque às noções de proteção e compaixão laica. Trata-se do reconhecimento de um movimento que estreita a relação entre médico e paciente, permitindo que a condução do tratamento seja pautada em valores próprios de proteção à dignidade da pessoa que padece. Assim, permite-se que a medicina avance no sentido de interpretar a morte do paciente que a peticiona não enquanto fracasso, mas enquanto êxito na intervenção medicinal.

Finalmente, cumpre tecer comentários e extrair conclusões acerca da empreitada comparatista de que se ocupou o terceiro capítulo. Inicialmente, destaca-se que a pretensão de universalização dos resultados se fortalece na medida em que os sistemas constitucionais investigados compartilham de valores básicos relativos à laicidade, à garantia de liberdade religiosa e à proteção da vida e da autonomia individual. Ademais, as diferenças inerentes a cada um dos ordenamentos permitem compreender as alternativas hermenêuticas sustentadas para a posição favorável ou contrária à eutanásia. No que se refere à eutanásia passiva, por vezes denominada ortotanásia, parece haver se sedimentado a compreensão de que a autonomia do paciente não pode ser suplantada pela imposição compulsória de tratamento. No Brasil, igualmente, tal posição vem

chancelada pela resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina. Destarte, a possibilidade de recusa e suspensão do tratamento indesejado já se consolidou. De outro lado, maior divergência se identifica no trato dispendido à admissão da eutanásia ativa.

Todos os países investigados ostentam tipos penais incriminadores da assistência ao suicídio e do homicídio por piedade. Portanto, partem todos da garantia do direito à vida para se afirmar o dever do Estado de tutelá-la, vedando qualquer interferência que se possa exercer sobre ela. No entanto, a interferência a ser coibida deve ser externa. A questão relevante é: o que legitimaria o Estado a vedar o exercício de livre disposição do indivíduo sobre a vida que é sua? Parece que a resposta dada se pautava mais na manutenção de um padrão moral derivado do papel da religião na interpretação dos valores constitucionalmente colocados, do que na adequada hermenêutica dos princípios contrapostos. A laicidade e a autonomia religiosa demandariam que a discussão se elevasse em outro nível. De fato, a vida se afirma enquanto valor constitucional que merece tutela pelo Estado contra ingerências externas. Entretanto, as constituições analisadas também chancelam um direito de autodeterminação individual. Assim, quando a vida é vista sob a ótica do seu titular, a única atuação estatal legítima seria aquela voltada a garantir o exercício desimpedido e voluntário de disposição que lhe é inerente.

O paralelo é similar ao substrato de fundo de outras discussões aventadas nesses mesmos ordenamentos, porém em que se prezou pela proteção da autodeterminação. O traço distintivo do grupo de países em que se recusa a autorização da eutanásia ativa sequer é a afirmação de que a escolha da morte pelo paciente terminal afronta a vida. Em todos os sistemas se reconhece a legitimidade da autorização da eutanásia ativa se adotada pela via legislativa. Daí a conclusão de que todos admitem a constitucionalidade da garantia do direito de opção pela morte. A diferença é que, no caso colombiano, entendeu-se inconstitucional a ausência de excludente nos tipos penais confrontados. Destarte, a postura estado-unidense e sul-africana acaba por chancelar a possibilidade de que maiorias religiosas proibam uma conduta moralmente recriminável – de um ponto de vista estritamente individual –, mesmo em face daqueles que não compartilham de iguais convicções.

Da ponderação acima realizada, afirmou-se que a tutela constitucional da vida e da autodeterminação do indivíduo só se compatibilizam quando ao Estado é dada a incumbência de evitar ingerências externas sobre a primeira e de garantir o

exercício voluntário da segunda. Dar ao Estado o poder de vetar a escolha do próprio paciente terminal de antecipar sua morte significa admitir que a vida deve ser então tutelada em seu valor sacro. Porém, os sistemas constitucionais investigados, assim como o brasileiro, não permitem que ao Estado se atribua a tarefa de defesa de uma sacralidade derivada de padrões religiosos específicos, ainda que majoritários. A sua tarefa precípua é a de defesa dos espaços de liberdade e autodeterminação individual, bem como de promoção da igualdade e das condições materiais necessárias para o exercício delas. Assim, garante-se a vida, ao mesmo tempo quem se reconhece a pluralidade de crenças e opiniões quanto ao valor que essa vida pode ostentar para o seu titular.

O Brasil já demonstrou se aproximar dessa vertente interpretativa. Tanto no caso da ADPF 54, quanto no caso da ADI 4277, o Supremo Tribunal Federal enfrentou questões relativas ao direito fundamental de autodeterminação do indivíduo, afirmando que ele não pode ser obstado por uma atuação legislativa preocupada tão somente em afirmar valores morais e religiosos compartilhados por uma maioria dominante.²⁵⁹ Assim, parece correto que a interpretação dada a esses princípios e valores constitucionais caminhe na mesma direção em face da discussão aventada pela eutanásia. Afirmar a liberdade de opção para o paciente terminal é afirmar a liberdade do indivíduo de construir o seu próprio conceito acerca do que seja um bem viver e uma boa morte, bem como de agir para concretizá-lo. Trata-se da garantia de um efetivo espaço de autodeterminação individual, sem a imposição heterônoma da sacralidade da vida. Ademais, cristaliza-se o respeito à vontade do paciente, assegurando-lhe uma escolha de final de vida que se pautada em convicções próprias. Nesse contexto é que se permite conceber, como corolário do direito à vida e à liberdade constitucionalmente assegurados, um direito subjetivo à morte com dignidade.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277 DF. Relator: Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 5 de maio de 2011. **DJe-198** (EMENT VOL-02607-03 PP-00341). Diz a ementa: “homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54 DF. Relator: Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. **DJe-080** (ACÓRDÃO ELETRÔNICO). Dispõe sua ementa: “Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Feto Anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. Mostra-se inconstitucional a interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). **Constitution of the Republic of South Africa**: promulgada em 15 de dezembro de 1996. Statutes of the Republic of South Africa – Constitutional Law (Issue No 38).

ÁFRICA DO SUL. North Gauteng High Court. Judgment, **Caso nº 27401/2015**. Applicant: Robert James Stransham-Ford. First Respondent: Minister of Justice and Correctional Services. 4 mai. 2015.

ÁFRICA DO SUL. Supreme Court of Appeal. Judgment, **Caso nº 531/2015**. First appellant: The Minister of Justice and Correctional Services. Respondent: Estate Late Robert James Stransham-Ford. ZASCA 197, Pretoria. 16 dez. 2016.

ARANDA, Enrique Díaz. Relatoria. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 87-95.

BACKER, Larry Catá. God(s) Over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21st Century. **Mississippi College Law Review**. Jackson, p. 101-154. 2008.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A Morte Como Ela É: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, Uberlândia, v. 38, p. 235-274, 2010.

BINCAZ, Alicia Beatriz Azzolini. Intervención en la Eutanasia: ¿Participación Criminal o Colaboración Humanitaria?. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 5-15.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais em Espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 4. p. 228-571.

BRASIL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Senteça, autos ACP nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Relator: Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, DF, 1 de dezembro de 2010. **Diário Oficial da União**.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277 DF. Relator: Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 5 de maio de 2011. **DJe-198** (EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54 DF. Relator: Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. **DJe-080** (ACÓRDÃO ELETRÔNICO).

CAROZZA, Paolo. Human Dignity in Constitutional Adjudication. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). **The Research Handbook in Comparative Constitutional Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 459-472.

COLÔMBIA. Constituição (1991). **Constitución Política de Colombia**: promulgada em 4 de julho de 1991. Edição 2016 preparada por: Corte Constitucional; Consejo Superior de la Judicatura; Centro de Documentación Judicial – CENDOJ; Biblioteca Enrique Low Murtra – BELM.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia nº C-239/97. Demandante: José Eurípides Parra. Demanda de Inconstitucionalidad. **Expediente D-1490**. Bogotá, DC. COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia nº T-970/14. Apelante: Julia. Apelada: Coomeva E.P.S. **Expediente T-4.067.849**. Bogotá, DC.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805/2006**. Brasília: CFM, 2006 (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169). Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

DEATH WITH DIGNITY. Death with Dignity National Center. **Death with Dignity Acts**. Disponível em: <<https://www.deathwithdignity.org/learn/death-with-dignity-acts/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

DIETERLEN, Paulette. Algunas Consideraciones sobre la Eutanasia. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 121-128.

DORNEWAARD, Joanne. La Política de Eutanasia en los Países Bajos. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p.51-69.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo.

ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). **Constitution of the United States of America**: ratificada em 21 de junho de 1788. Senate Publication 103.21, 1994.

ESTADOS UNIDOS. Oregon's Death with Dignity Act. Ballot Measure 16, 1994.

ETCHARREN, Rodrigo Zamora. El Consentimiento del Ofendido en la Eutanasia. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 17-24.

GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. Introduction. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). **The Research Handbook in Comparative Constitutional Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 1-15.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia: Novas Considerações Penais**. 2008. 341 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

HIRSCHL, Ran. Comparative Constitutional Law and Religion. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). **The Research Handbook in Comparative Constitutional Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 422-440.

HIRSCHL, Ran. On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law. In: CHOUDHRY, Sujit (Ed.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Cap. 2. p. 39-66.

HIRSCHL, Ran. **Constitutional Theocracy**. Cambridge, Us: Harvard University Press, 2011.

KLAUS, Arnoldo. Eutanasia: Reflexión Obligada. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 145-175.

MCCRUIDEN, Christopher. Judicial Comparativism and Human Rights. In: ORUCU, Esin; NELKEN, David (Ed.). **Comparative Law: A Handbook**. Londres: Hart Publishing, 2007. p. 371-398.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PAÍSES BAIXOS. Constituição (1815). **Constitution of the Kingdom of Netherlands**: outorgada em 24 de Agosto de 1815. Boekje Grondwet 2008 SL (Published by the Ministry of the Interior and Kingdom Relations, Constitutional Affairs and Legislation Division in collaboration with the Translation Department of the Ministry of Foreign Affairs).

QUESADA, Federico Ortiz. Eutanasia. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 101-112.

RAO, Neomi. Three Concepts of Dignity in Constitutional Law. **Notre Dame Law Review**, Fairfax, v. 86, n. 1, p.183-271, mar. 2011.

SCHLÛTER S., Hanne-Lore. Aspectos Bioéticos y Derechos Humanos de la Eutanasia. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 113-120.

SCOTT, Ronald L. United States Legal Aspects of Euthanasia. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 25-49.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. A Bioética da Proteção e a Compaixão Laica: O debate moral sobre a eutanásia. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, p. 1241-1250, 2009.

SIRONI, Fernanda Menegotto; TISOTT, Neri. A Possibilidade da Declaração de Última Vontade Diante do Conflito de Direitos Fundamentais Envolvidos na Ortotanásia. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UNICURITIBA, 22, 2013, Curitiba. Florianópolis: Funjab, 2013. p. 293 -312. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ac3870fcad1cfc36>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

TUSHNET, Mark. Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law. In: CHOUDHRY, Sujit (Ed.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Cap. 3. p. 67-83.

VALADÉS, Diego. Eutanasia: Régimen Jurídico de la Autonomía Vital. In: CARPIZO, Jorge; VALADÉS, Diego. **Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia**. 2. ed. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2010. p. 81-170.

VALCKE, Catherine. Reflections on Comparative Law Methodology: Getting Inside Contract Law. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (Ed.). **Practice and Theory in Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 22-48.

VARELA, Perez V. M. Eutanasia: ¿Piedad? ¿Delito?. México, Jus. 1989. p. 19-43. *apud*: KLAUS, Arnoldo. Eutanasia: Reflexión Obligada. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p. 145-175.

VILLEGAS, Germán Lozano. La Eutanasia Activa en Colombia: Algunas Reflexiones sobre la Jurisprudencia Constitucional. In: VALLE, Fernando Cano; ARANDA, Enrique Díaz; LIZALDE, Eugenia Maldonado de (Org.). **Eutanasia: Aspectos Jurídicos, Filosóficos, Médicos y Religiosos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2001. p.71-85.

ZUCCA, Lorenzo. Law v Religion. In: UNGUREANU, Camil; ZUCCA, Lorenzo (Ed.). **Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 137-159.